

L'UNION LIBRE

au point de vue juridique et social

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 27 novembre 1913, à 3 heures

PAR

Jean CRATUNESCO

Président : M. PIÉDELIÈVRE, Professeur

Assesseurs { *MM. BARTIN, Professeur*
WALH, Professeur

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

MARCHAL & BILLARD

MARCHAL & GODDE, Successeurs

ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

27, Place Dauphine, 27

1913

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'UNION LIBRE

au point de vue juridique et social

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 27 novembre 1913, à 3 heures

PAR

Jean CRATUNESCO



Président : M. PIÉDELIÈVRE, Professeur

Assesseeurs { *MM. BARTIN, Professeur*
WALH, Professeur

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

MARCHAL & BILLARD

MARCHAL & GODDE, Successeurs

ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

27, Place Dauphine, 27

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'UNION LIBRE

au point de vue juridique et social

INTRODUCTION

BUT DE L'OUVRAGE, DIVISIONS ET LIMITES DU SUJET

La multiplication rapide des unions libres à notre époque est un fait moral et social considérable dont la loi a jusqu'ici refusé de tenir compte : le Code civil sous l'empire duquel nous vivons veut ignorer l'union libre.

Nous voudrions examiner ici les conséquences de cette abstention, et étudier les mesures susceptibles d'y remédier en mettant la législation en harmonie avec l'état réel des mœurs et des idées.

La question qui se pose est très simple : en présence d'un phénomène social qui prend une grande importance, l'État peut-il longtemps se réfugier dans l'abstention ? Mais, d'autre part, de quel droit inter-

viendrait-il dans les libres rapports d'individus qui ont manifesté l'intention bien arrêtée de se passer de lui, et comment parviendrait-il à régler efficacement des situations, de leur nature instables et mal définies, qui n'ont d'autre raison d'être et de durer que l'accord toujours bien fragile de deux volontés ?

Par l'étude de l'évolution du mariage, nous montrerons d'abord quelles en sont les raisons d'être et les avantages, et combien l'union libre est loin d'approcher de sa valeur. Puis nous essayerons de déterminer les raisons de la décadence actuelle de l'institution matrimoniale et des progrès rapides que fait parallèlement l'union libre dans les mœurs aussi bien que dans l'opinion.

Nous chercherons ensuite, par l'étude de l'histoire du droit d'une part, et de la jurisprudence contemporaine de l'autre, s'il y a lieu et s'il est possible de régler le concubinat et quelle réglementation lui conviendrait.

Enfin, dans une dernière partie nous examinerons les solutions proposées par les penseurs, par les législateurs et les juristes contemporains ; nous les critiquerons et nous donnerons nos propres conclusions en partant des réformes les moins discutées et les plus facilement réalisables.

La question de l'enfant ne fera pas l'objet d'un

chapitre spécial. Elle domine celle du concubinat plutôt qu'elle n'y est incluse. Nous n'avons pas voulu aborder à la fois deux problèmes, connexes sans doute, mais cependant distincts. Nous traiterons donc ici de l'union libre et non de la famille naturelle en général. C'est nous limiter aux rapports des concubins avec les tiers et des concubins entre eux, mais comme il n'est pas possible de s'occuper des parents en faisant abstraction des enfants, le sort des bâtards restera l'objet de nos préoccupations constantes.

Nous avons fait, au contraire, dans ce travail sur l'union libre une très large place au mariage. Soit qu'on les oppose, soit qu'on cherche à les rapprocher, ils s'évoquent nécessairement l'un et l'autre et ne se comprennent que l'un par l'autre. En particulier, l'étude de ce qu'on a appelé le mariage libre nous a paru faire partie intégrante de notre sujet : car si vraiment la formule est trouvée qui concilie les avantages solides qu'on attend d'une union régulière et l'agréable liberté qu'assure le concubinat, il ne faut pas chercher plus loin la solution du problème qui nous occupe. Comment repousser une réforme qui, ne laissant subsister que les avantages du mariage, nous soulagerait de ses charges et de ses responsabilités ?

Pour achever de délimiter notre sujet, il nous reste à dire dans quel esprit nous l'avons traité. Il

s'agit ici de l'union libre au point de vue juridique et social seulement. Sans doute, en pareille matière, les considérations morales s'imposent, et il est impossible d'en faire abstraction ; mais si elles tiennent une large place dans notre exposé, ce n'est pas elles qui nous dicteront nos conclusions. Le moraliste et le juriste envisagent, il est vrai, le même objet, mais à des points de vue très différents. Tous deux se proposent de diriger les actions des hommes, mais l'un poursuit la réalisation d'un idéal, l'autre cherche à organiser la vie sociale ; l'un agit sur les individus par la persuasion, l'autre a pour but l'action sur les masses et n'a à compter que sur la contrainte qui rend artificiellement utile ou nuisible à chacun ce qui est utile ou nuisible à la collectivité ; l'un ne se préoccupe que de ce qui doit être, l'autre est bien obligé de tenir compte de ce qui est, pour en tirer le meilleur, ou le moins mauvais parti possible.

Le droit a pour objet la vie sociale. Il n'a pas pour mesure la vérité qui est le but de la connaissance, il a pour mesure l'opportunité, qui est la mesure des actes, la mesure du pratique. L'opportunité varie sans cesse avec les circonstances. Le droit n'a pas à déterminer quelle est la forme idéale et parfaite de l'union des sexes ; il est de sa compétence de rechercher quelle en serait la forme socialement la plus utile, mais ce serait une ambition bien au-dessus de ses forces que de vouloir la réaliser : ce n'est encore

là que théorie sans application immédiate possible. Or, c'est à la pratique que le droit a affaire. S'il n'est pas immédiatement efficace, il n'est pas. Un droit qui ne peut être réalisé n'est pas réellement un droit (1) ; cela seul est droit qui peut être imposé par une force organisée contre laquelle il n'y a pas de recours. Le droit est donc obligé de tenir compte des circonstances.

Ces circonstances sont de deux sortes : elles peuvent être d'ordre matériel ou d'ordre moral ; le droit a à tenir compte des conditions économiques d'une part, mais aussi des mœurs, des idées, des aspirations des justiciables. Seulement ce n'est pas sous leur aspect moral qu'il a à les envisager : il les rencontre sous la forme de besoins à satisfaire ou de résistances à surmonter, sous la forme de forces sociales avec lesquelles il faut compter. Même si elles sont le fruit de la libre activité des individus, il ne saisit que leurs résultantes sociales qui s'imposent à lui comme des nécessités.

Le concubinat, dans chaque cas particulier, peut être l'effet de la libre volonté des concubins : dans l'ensemble, il s'impose au législateur sous l'aspect de la nécessité, en ce sens, qu'impuissant à le combattre, il est forcé d'en tenir compte et de lui faire sa place. De même, les causes d'ordre économique

1. Iehring, *Zweck im Recht* : Trad. Meulenaere, p. 217.

et moral qui poussent à l'union libre peuvent n'avoir exercé dans la conclusion de chaque liaison particulière qu'une influence limitée; dans l'ensemble elle n'en apparaît pas moins comme l'effet nécessaire de causes constantes et générales qui sont hors de la puissance du droit.

Que le moraliste lutte contre le relâchement des mœurs, que le philanthrope combatte le concubinat en améliorant les conditions de la vie sociale, que l'économiste s'emploie à modifier les circonstances d'ordre matériel qui le favorisent, que les pédagogues transforment l'esprit public en ce qui touche aux rapports des sexes, que les réformateurs proposent des plans hardis qui les bouleversent, nous ne devons rien ignorer de leurs efforts. Mais en attendant qu'ils aient mené à bien leurs entreprises qui, toutes, sont multipliées et de longue haleine, et sur lesquelles l'accord est loin d'être fait, il faut vivre. La fonction propre du droit est de déterminer ce qui est utile pour réaliser d'abord ce qui est indispensable : si l'on n'a plus d'enfants, ou si on se refuse aux charges que représentent leur entretien et leur éducation, la société s'étiole, s'atrophie et meurt. Mais ce n'est rien encore que de déterminer les nécessités du moment et, parmi elles, de s'attacher d'abord à la plus pressante. Il faut ne pas se faire d'illusions sur ce qui est possible : à quoi bon organiser l'union libre pour en tirer un meilleur parti dans l'intérêt

social si personne, dès lors, ne veut plus y entrer. Les mesures prises peuvent avoir pour unique effet de multiplier les rapports clandestins et de réduire les individus à des relations plus éphémères et plus stériles encore : ce n'est pas une tâche aisée que de forcer les gens à faire des enfants. Enfin, quel que soit le péril, on n'impose pas un remède à qui n'en éprouve pas le besoin ; les mesures les plus utiles, les plus urgentes, ne peuvent aboutir que si l'opinion publique les soutient, les attend ou est au moins préparée à les admettre. L'indulgence croissante des mœurs pour le concubinat, la vogue grandissante des revendications d'un individualisme intransigeant suffisent à reléguer dans le royaume des utopies les mesures les plus indispensables et les plus pratiques.

Le droit se limite à ce qui est opportun : son but, c'est l'utile, sa mesure, c'est le possible, sa limite, c'est ce qui peut être immédiatement imposé : le problème du concubinat se trouve singulièrement rétréci mais du même coup singulièrement précisé dès qu'on se demande, parmi les innombrables réformes proposées, quelles sont celles qui sont susceptibles d'être demain rédigées en textes précis, efficaces et ayant quelque chance d'être adoptés.

En résumé, le champ qui s'ouvre à nos recherches est très vaste et déborde de toutes parts le domaine du droit.

Dans nos exposés, nous nous sommes efforcé,

suivant une heureuse formule de M. Sagnac, de considérer le droit « non plus à la manière de jurisconsultes français, comme un élément abstrait, mais comme un élément vivant et concret qui sort naturellement des conditions de la société, des idées particulières à une nation et à une époque. Rattacher le droit civil à l'histoire générale, en coordonner les parties, former un système lié à des principes généraux, qui dérivent eux-mêmes de l'évolution historique ou de la pensée philosophique, tel a été notre dessein » (1).

Mais dans nos conclusions, nous plaçant au point de vue strictement juridique, nous nous sommes borné à chercher ce qui est socialement utile, pratiquement réalisable, en tenant compte non seulement des conditions économiques et sociales, mais de l'état général de notre législation et de celui de l'opinion.

1. Sagnac, *la Législation civile et la Révolution française*, 1789-1804. Paris 1898. Introduction page 4. M. Sagnac est trop sévère pour les jurisconsultes français : ils ont contribué pour leur bonne part au triomphe de la méthode historique.

PREMIÈRE PARTIE

MARIAGE ET UNION LIBRE

CHAPITRE PREMIER

LE MARIAGE

Il n'existe pas de définition juridique de l'union libre puisqu'elle est ignorée du Code. Si nous consultons l'histoire ou l'expérience contemporaine, elles ne nous en donneront qu'une idée vague et par conséquent stérile : les liaisons irrégulières ne dépendant en effet que des convenances réciproques ou du caprice individuel des deux amants, sont susceptibles de revêtir les formes les plus diverses. Sans doute une fantaisie d'un jour ne suffit pas à constituer l'union libre : il y faut une certaine durée ; sans doute des relations ayant une base exclusivement

vénale, même si elles sont régulières, ne méritent pas ce nom : le don de soi-même, librement accepté, du moins en apparence est indispensable pour qu'une union mérite le nom de libre.

Mais une association de ce genre peut être un simple fait comme elle peut être basée sur des conventions tacites ou expresses entre les deux intéressés, et ce contrat lui-même est susceptible des modalités les plus variées. Elle peut être plus ou moins éphémère ou durer toute la vie. Elle peut être exclusive ou subsister malgré des infidélités unilatérales ou réciproques.

L'idée d'union libre est pourtant très claire, seulement c'est une idée surtout négative ; l'union libre est le contraire du mariage (1).

Mais il serait injuste de s'en tenir là : union libre est un vocable nouveau, correspondant à des besoins, à des conceptions et à des aspirations nouvelles. Pour traduire tout ce que ses modernes adeptes y mettent, il faudrait dire que l'union libre est non seulement le contraire mais l'antidote du mariage sous la forme qu'il revêt à notre époque, ou, pour emprunter une expression très claire, sinon très juste, à nos révolutionnaires, du « mariage bourgeois ». L'assurance avec laquelle elle réclame sa place au soleil,

1. Voir sur la distinction de l'union libre et du mariage : Planiol, t. I, n° 697, p. 246.

et proclame son droit à l'existence, quand elle ne va pas jusqu'à s'affirmer comme l'idéal des temps futurs, suffirait en effet à la distinguer très nettement de l'antique concubinage.

Puisque ceux qui se rangent sous son drapeau montent en réalité à l'assaut du mariage, c'est de lui que nous devons partir.

Aussi bien, notre exposé y gagnera en précision. Résultat complexe d'influences multiples et souvent opposées, fruit d'une évolution dont trente siècles au moins tombent sous le contrôle de l'histoire, le mariage moderne constitue une forme très particulière, très raffinée des rapports des sexes, qui est venue se cristalliser en textes d'une extrême netteté dans le Code de 1804. Nous nous trouvons ici en présence de privilèges et d'obligations bien définis, qui fournissent à la discussion un point de départ plus solide que l'union libre avec ses formes multiples et mobiles, ses revendications imprécises et son idéal encore indéterminé.

Les rapports des sexes ont considérablement varié avec les temps et les pays. Ils se modifient chez l'homme comme chez les animaux suivant les conditions de l'existence. Les ruminants vivant en troupeaux, les femelles et les petits sont communs ; les nécessités de la chasse forcent au contraire les grands carnassiers à s'isoler en s'associant par couple. De

même les sauvages australiens vivent dans une promiscuité complète qui semble avoir pour cause déterminante la rareté des femmes dans un pays où, les subsistances étant rares, l'infanticide des filles est une coutume courante (1). Dans l'austère Lacédémone il était permis à plusieurs hommes d'avoir une même femme ou à un mari de prêter la sienne : « Peu importent les moyens, pourvu que l'on atteigne le but qui est de fournir à la cité des enfants mâles en nombre suffisant pour remplir les vides faits par la mort ». C'était là une nécessité vitale pour cette poignée de conquérants forcés de tenir en respect la foule des Laconiens et des Ilotes.

Chez les Iroquois le gibier chassé par les hommes diminuant, tandis que le sol cultivé par la femme est relativement fertile, les circonstances économiques imposent la polyandrie (2). De même au Thibet, le bétail étant pauvre et insuffisant, plusieurs pasteurs de chèvres s'associent avec une femme cultivatrice (3).

C'est pour des causes d'ordre social que le matriarcat subsiste dans les oasis du Sahara : « Les hommes sont des pasteurs, des entrepreneurs de transports, des trafiquants et des pillards. Ce quadruple métier les retient éloignés de l'oasis pendant des périodes

1. Letourneau, *la Sociologie*, p. 330.

2. P. de Rousier, *la Science sociale*, août 1890.

3. Gabriel d'Azambuja : *ce que le Christianisme a fait pour la femme*, Paris, 1899.

considérables... Les esclaves ont besoin d'être surveillés. Mais nous savons que le maître n'est pas là... Qui le remplacera ? Sa femme. C'est elle qui, dans l'oasis, joue le rôle de patron agricole, en même temps qu'elle élève les enfants et s'occupe de tous les soins du ménage... L'enfant connaît beaucoup plus sa mère que son père et l'on prend l'habitude de le rattacher non à son douar paternel, mais à son douar maternel... Bien que la religion régnante soit l'Islamisme, la femme touareg ne supporte pas la polygamie. Que le mari fasse hors de chez lui tout ce qu'il veut, cela ne la regarde pas, mais, au foyer, il n'y a qu'une épouse, souveraine maîtresse de la maison » (1) ; l'oncle maternel est même considéré comme le plus proche parent et le tuteur de l'enfant.

« La vie nomade ou quasi-nomade des patriarches hébreux... s'adaptait tout particulièrement avec des groupements nombreux de femmes et d'enfants dirigés par l'autorité absolue d'un seul chef (2) ». L'existence pastorale est donc favorable à la polygamie, sinon de tous les hommes, au moins des chefs, les femmes désirant, d'une part, devenir leur épouse et, d'autre part, la possession de plusieurs femmes supposant toujours un certain degré de puissance ou de richesse.

1. Id. *Ibid.*, p. 27, 29.

2. Id., *ibid.*, p. 9.

L'agriculture, au contraire, avec la modeste aisance et l'existence réglée qu'elle suppose, semble éminemment favorable à la monogamie. Le laboureur construit sa chaumière sur le champ qu'il cultive : le domicile isolé est constitué et, du même coup, le ménage solitaire. Le sentiment jaloux de la propriété qu'éprouve le paysan pour sa terre, ses outils, son bétail, il l'étend naturellement à sa femme. Il est, du reste, assez riche pour la faire vivre et pas assez pour en avoir d'autres. Enfin, ce dont il a besoin, c'est d'une collaboratrice qui lui obéisse, mais qui commande en sous-ordre les serviteurs et les esclaves. Or la polygamie, avec les rivalités qui en sont la conséquence inévitable, n'engendre qu'anarchie et désordre : en conséquence il ne faut qu'une épouse au foyer. Au propriétaire rural, il faut une femme ; il n'en faut qu'une ; il la faut sérieuse et fidèle. Dans les sociétés agricoles, la monogamie, comme la propriété, est une forme de la prévoyance.

Il est donc certain, et cette vérité n'était pas inutile à établir au début de cette étude, que les rapports des sexes dans l'humanité n'ont absolument rien d'immuable.

Empressons-nous d'ajouter que cela ne veut pas dire que tous ses modes possibles soient d'une égale valeur : le mariage monogame, créant les rapports les plus simples et les plus exclusifs entre l'homme et la femme, fait l'association plus étroite, plus stable et

plus solide pour le plus grand bénéfice et des individus et de la société.

Mais l'union monogame elle-même est susceptible de bien des modalités et de bien des degrés ; et le mariage, tel qu'il existe chez les nations civilisées modernes, tel tout particulièrement qu'on le comprend en France, pousse en quelque sorte au maximum les avantages de la monogamie.

Pour le montrer, il est nécessaire d'en faire l'histoire : les principes de notre droit nous viennent des Romains, ceux de notre morale, de la religion chrétienne. L'influence des coutumes germaniques, incontestable à l'origine, s'est progressivement effacée et n'a pas laissé de traces certaines dans notre statut de la famille. Il nous suffira donc d'étudier le mariage romain et le mariage chrétien en y ajoutant la conception toute moderne du mariage contrat civil, tel que l'a conçu la Révolution française.

I. — *Idee antique du mariage : Le patrimoine.*

Comme l'a montré Fustel de Coulanges dans sa *Cité Antique*, chez les Indo-Européens, ancêtres des Romains, la famille était une petite société autonome où le *pater familias* jouait à la fois le rôle de prêtre, de juge, d'unique propriétaire du sol et de maître absolu des personnes : « Tous les membres de la famille, dit Mommsen, étaient dépourvus de droits

légaux, la femme et l'enfant non moins que le bœuf et l'esclave » (1).

En revanche le chef de famille assume la charge de pourvoir à la subsistance non seulement des vivants, mais des morts. Seul, en effet, il a qualité pour offrir aux mânes des ancêtres le sacrifice faute duquel ceux-ci souffriraient de la faim et de la soif dans leur tombeau.

A sa mort, c'est son fils aîné qui a qualité pour lui succéder : « l'aîné prend possession du patrimoine entier, et les autres frères vivent sous son autorité comme ils vivaient sous celle de leur père. Le fils aîné acquitte la dette envers les ancêtres ; il doit donc tout avoir » (2).

Sous peine de se condamner soi-même ainsi que les ancêtres à souffrir éternellement de la faim et de la soif, il fallait donc avoir au moins un fils, car les femmes étaient inaptes à s'acquitter du culte domestique. Il fallait en outre que ce fils fût légitime, c'est-à-dire issu d'une femme associée à ce culte, d'où la nécessité du mariage. Par la cérémonie de la *confarreatio*, la femme quitte le culte de son père pour celui de son mari dont elle devient la propriété. Elle est *in manu* ; elle n'a même plus de droit sur la dot qu'elle a apportée et qui « appartient sans réserve

1. Mommsen, *Histoire romaine* (Traduction Guerle chez Flammarion), p. 30.

2. Lois de Manou IX, 105-107, 126.

au mari » (1). L'enfant qui naît d'elle est la propriété du père comme le veau qui naît de sa vache, et sera, quelques jours après sa naissance, associé à son tour au culte domestique.

Mais il ne faut pas que la *patria potestas* nous fasse illusion. Le *pater familias* n'est que le dépositaire des biens et le gérant, omnipotent il est vrai, de la société patriarcale ; les membres actuels de la communauté n'en sont eux-mêmes que les usufruitiers, le véritable propriétaire, c'est la famille considérée comme une société permanente survivant à la disparition de ses membres éphémères, qui, tous solidaires, se consacrent de génération en génération à la même tâche : le maintien du foyer et du culte domestique nécessaire au repos des ancêtres dans la sépulture de famille. « Il ne pouvait y avoir dans chaque famille, dit Fustel de Coulanges, qu'un propriétaire, qui était la famille même, et qu'un usufruitier qui était le père » (2). C'est le régime de l'indivision sous une autorité absolue. Ce régime était indispensable à la vie agricole. Que pour l'établir la société aie recours à la religion, à la morale ou à la contrainte peu importe, ce qu'il faut avoir en vue, ce qui nous regarde c'est le but d'un tel régime, c'est son utilité sociale.

1. Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, p. 100.

2. Fustel de Coulanges, *op cit.*, p. 100.

Fondée chez les Aryens sur des conceptions religieuses qui lui donnaient une force et une rigueur particulières, la famille patriarcale s'impose comme la forme naturelle de leur organisation aux sociétés de laboureurs en général : les *mirs* russes sont un exemple contemporain de société patriarcale ayant sa raison d'être dans les conditions d'existence de populations exclusivement agricoles (1). Tant que la richesse mobilière ne s'est pas développée, la terre est à la fois le bien et l'outil de travail par excellence. Le père de famille mort, va-t-on par un partage détruire l'organisation créée par lui et affaiblir en outre la communauté en la morcelant ? Va-t-on en confier la direction à sa veuve, souvent vieille, manquant parfois de l'autorité nécessaire et, fût-elle assez énergique, incapable du reste par la faiblesse de son sexe ou de l'âge de prendre une part active aux durs travaux des champs et de la guerre. Non, tout continuera à marcher comme par le passé, sous la direction du fils aîné, qui, par l'expérience acquise, est le mieux à même de diriger l'exploitation et de

1. « D'une manière générale, on peut poser en principe que les institutions matrimoniales et familiales, toujours établies en vue de favoriser la conservation de la forme sociale du moment, ont surtout un point de départ économique. On doit ajouter qu'elles ont aussi des assises religieuses. Ce sont même ces assises-là qui contribuent le plus à leur maintien. Mais, comme au fond, la religion est en grande partie, sinon en totalité, une résultante de la forme économique, les deux causes, en réalité, n'en font qu'une seule. » (Naquet : *vers l'Union libre*, 1908, p. 6).

défendre la petite société dont il est le chef. En ces temps durs, la collectivité familiale la plus stricte était une nécessité inexorable.

Dans cette conception, la famille et le domaine ne font qu'un : chez les peuples où la richesse foncière existe seule, celui qui perd la terre tombe en effet de la condition aristocratique de paysan propriétaire cultivant son bien, à celle, bien voisine de l'esclavage, d'employé agricole ou à celle de vagabond sans feu ni lieu. C'est l'unité et la durée de l'exploitation qui fait l'unité et la continuité de la famille : sans la terre, elle s'émiette en individualités isolées, impuissantes et misérables.

Nous n'avons pas à montrer comment à « la famille patriarcale, basée sur la puissance paternelle, où l'enfant est le parent des parents de son père et ne l'est pas de ceux de sa mère, où il y a parenté en ligne masculine et point de parenté en ligne féminine » (1) succède la famille romaine de l'époque classique « où l'enfant, né de la femme mariée, est réputé issu des œuvres du mari et est pareillement rattaché aux parents de sa mère et aux parents de son père » (2). Qu'il nous suffise de constater qu'à Rome, dès le temps de la loi des douze tables, ce n'est déjà plus l'ainé seul qui succède à son père : l'héritage est

1. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, liv. II, chap. III.

2. *Ibid.*

partagé entre tous les enfants mâles, mais pendant longtemps encore la parenté masculine ou *agnatio* est seule reconnue par la religion et par la loi. Ce n'est qu'à la suite d'une longue évolution que sous Hadrien, la mère fut enfin admise à la succession des enfants (1) et ce fut seulement sous Marc Aurèle que les enfants furent admis à la succession de leur mère (2). Dès lors on hérite par *cognatio* comme par *agnatio*, par les hommes comme par les femmes. La voix du sang chez les parents, celle de l'intérêt chez les enfants, ont étouffé celle de la vieille religion domestique. Et le mariage tend à devenir la conjonction, sur un pied d'égalité croissante, avec l'émancipation progressive de la femme, non seulement de deux individus, mais de deux familles, en vue de la fondation d'une famille nouvelle par une association des biens en même temps que des personnes. Les conditions de vie ayant changé, les conceptions familiales, les idées religieuses et morales ont nécessairement évolué.

Même dans notre Occident capitaliste, ces idées n'ont vieilli qu'en partie : l'esprit moderne n'admet plus le caractère religieux de la famille ; *l'agnatio* n'est plus la loi qui la régit ; la Révolution a supprimé le droit d'aînesse ; la *patria protestas* est en déca-

1. Sénatus-Consulte Orphitien. Inst. 3, 4, De s. c. Orf. 4 ; Dig. 38, 17 ; C. 6, 57.

2. Sénatus-Consulte Tertullien. Inst. 3, 3, De s. c. Tertul. 6 ; Dig. 38, 17 ; C. 6, 56.

dence ; il y a désormais d'autres biens que la terre, et la propriété est devenue individuelle ; néanmoins la notion de patrimoine est encore vivante.

La famille reste encore une association se prolongeant à travers les siècles, où l'on n'entre que suivant certaines règles qui sont la garantie de chacun de ses membres et dont le but est, avec la perpétuation de l'espèce, la conservation et l'augmentation des biens qui en font la richesse, la force et la dignité : « L'homme, être fragile, naît, vit et meurt. La famille reste. La race se perpétue. Nous ne sommes que les feuilles éphémères des arbres de la grande forêt humaine et nos intérêts personnels sont peu de chose à côté des intérêts collectifs que la mort n'atteint pas (1). »

II. — *L'idée chrétienne du mariage : Réciprocité parfaite et indissolubilité.*

Les idées morales judéo-chrétiennes n'ont pas eu une influence moins considérable dans la formation des idées modernes sur la famille et le mariage que les institutions romaines.

Par une évolution non pas juridique mais morale

1. De Foville, *Disc. d'ouverture au Congrès de la Soc. d'Econ. sociale*, 18 mai 1908.

qui était presque achevée au retour de la captivité, les Juifs se sont élevés peu à peu de la polygamie à la conception monogame du mariage (1), comme ils s'étaient élevés de la vie nomade et pastorale à la vie agricole. En même temps l'union de l'homme et de la femme tend déjà à devenir indissoluble. Les répudiations étaient autorisées par la loi, mais le prophète Malachie déclare déjà que Jahveh les hait (2).

Pour le Christ, tous les hommes étant *frères*, c'est-à-dire égaux, sont dignes, en tant que créatures humaines, du même respect et du même amour. L'homme et la femme, moralement égaux dans le mariage, se doivent mutuellement un égal respect et une égale affection.

« D'un côté, le mariage est une institution terrestre (Math. XXII, 30); de l'autre, il est une institution divine. Dieu l'a établi quand il a créé le premier couple humain (I; 27; II, 20-24). Jésus-Christ en déduit la profondeur et l'indissolubilité de cette union. « Ainsi, ils ne sont plus deux, mais une seule » chair. Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a » joint ». (Math. XXIX, 4-6; Mars X, 6-9). Il suit de là que le mariage est, selon Jésus-Christ, le don total et définitif qu'un homme et une femme se font l'un à l'autre de leur être tout entier...

1. Lichtenberger *Encyclopédie des Sc, Théol.* Paris 1880. t. VII, p. 696.

2. Malachie, II, 16.

« Il est clair que le mariage ainsi conçu est nécessairement monogame. Dans la polygamie, la femme peut bien se donner tout entière à l'époux qui est son maître, mais lui, se partageant entre plusieurs, ne peut se donner qu'en partie à chacune. De là la situation avilie de la femme : comme elle est seule à se donner à qui ne se donne pas, elle devient la chose du maître et non sa compagne (1) ».

Dans cette conception chrétienne l'infidélité de l'homme est donc aussi grave que celle de la femme ; non seulement le divorce est interdit sauf le cas d'adultère (2), mais le simple désir impur « est une sorte de vol que l'un des conjoints fait à l'autre en le frustrant de l'affection qui lui est due ». Pour qu'une égalité fraternelle soit maintenue entre les époux il faut que l'amour soit réciproque, exclusif, perpétuel.

L'Évangile avait affirmé la dignité de la femme ; il rendait le mariage inviolable et indissoluble. Les secondes noces mêmes étaient mal vues chez les premiers chrétiens.

L'Église fait un pas de plus : le mariage est d'institution divine. (3) Elle le considère comme un sacrement par lequel l'union des sexes sanctifiée et puri-

1. Art. de Bois sur le mariage dans *Encycl. des Sc. Relig.* de Lichtenberger.

2. Saint-Mathieu, chap. XIX, v. 3 à 13.

3. Concile de Trente, canon I.

fiée revêt un caractère inviolable ; toute infidélité devient un sacrilège.

L'antiquité classique subordonnait l'individu à l'État. Le catholicisme subordonne la famille à l'Église et l'individu à la famille. Le but du mariage c'est l'enfant, le but de la famille c'est le maintien et le développement de la société chrétienne.

Le mariage étant sacré et indissoluble, le divorce est absolument interdit.

Depuis Constantin, les empereurs s'efforcent de faire pénétrer les idées chrétiennes dans le Code. C'est par voie législative et pénale qu'ils entreprennent d'imposer artificiellement aux masses, encore toutes imbues de morale païenne, les conceptions religieuses nouvelles : le mariage étant sacré et indissoluble, ils s'efforcent de restreindre le divorce et se montrent féroces pour les enfants issus de relations criminelles : Justinien va jusqu'à leur refuser des aliments.

Ainsi commence cette confusion des choses de la loi et de celles de la conscience, du pouvoir temporel et de l'autorité spirituelle, qui pèsera sur le droit jusqu'à la Révolution française.

Sans doute, le mariage chrétien réalisant la synthèse de l'amour et du devoir dans l'union complète de deux cœurs et de deux vies est l'idéal achevé de la monogamie absolue. Mais est-ce bien le rôle du

législateur d'imposer à ceux dont il a la charge un idéal quelconque, et la tyrannie ne risque-t-elle pas d'être d'autant plus intolérable, d'autant plus féroce et d'autant plus vaine que la perfection exigée ainsi par contrainte se trouve être plus au-dessus des forces et même des aspirations du commun des hommes.

La France a été une nation catholique, et, bien que les idées religieuses semblent avoir depuis deux siècles perdu beaucoup de terrain, une notable partie de la population reste encore profondément attachée au christianisme.

Or, non seulement un catholique n'admet pas pour son propre compte une autre forme d'union que le mariage dit chrétien, mais il n'admet pas non plus que la loi n'impose pas à tous son sévère idéal. Pour lui, toute concession du législateur sur ce point est non seulement un outrage aux mœurs, mais un péril social, puisque hors l'Église et sa doctrine il n'y a pas de salut.

Depuis le Syllabus surtout, un bon catholique doit, sous peine de cesser de l'être, considérer toute mesure législative contraire à la doctrine de l'Église comme un outrage à sa foi et comme une véritable persécution.

Enfin il y a lieu de remarquer que la conception chrétienne du mariage reste fréquemment l'idéal de ceux-là mêmes qui se sont le plus complètement détachés de l'Église, en vertu du principe dont Renan

a donné cette formule lapidaire : « La foi disparue, la morale reste ».

Les adversaires de la conception catholique du mariage sont du reste les premiers à le reconnaître et à s'en plaindre : « Le contenu de l'institution matrimoniale, dit M. Blum, demeure, aujourd'hui encore, purement chrétien. On s'imagine volontiers que le mariage est régi par un certain nombre d'articles du Code civil. C'est une erreur : il reste régi par le droit canon. » (1) Telle est la force des influences religieuses.

III. — *L'idée révolutionnaire du mariage.* *Liberté individuelle et contrat civil.*

Au xviii^e siècle apparaissent deux principes nouveaux : la liberté de la personne humaine doit être respectée dans l'union des sexes ; le mariage est un contrat purement civil.

Diderot s'élève déjà contre la conception du mariage « qui avait converti en propriété la possession de la femme » (2).

La constitution de 1791 déclare en son article 5 :

1. Préface de Blum à l'ouvrage d'Abram, *l'Évolution du mariage*, Paris, 1908, p. 8.

2. Diderot, *Mémoires*, t. III, p. 66.

« La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil (1) ; le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction les modes par lesquels les naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront les actes ».

Le mariage est donc une libre convention entre les individus où l'État intervient comme garant et aussi comme partie car l'union des sexes intéressant au premier chef sa conservation, c'est à lui qu'il appartient de l'entourer de toutes les garanties utiles. Le mariage civil ainsi institué se suffit à lui-même ; aucune consécration religieuse ne lui est nécessaire. Ainsi est rétablie, en ce qui concerne l'union des sexes, la distinction du temporel et du spirituel méconnue depuis Constantin.

Cette conception nouvelle sapait par la base l'autorité maritale et l'autorité paternelle. Elle avait pour conséquence logique le rétablissement du divorce. Un député, Aubert Dubayet, l'ayant proposé le 30 août 1792, on lui objecta que le mariage, étant un contrat, pouvait en conséquence se rompre comme tout autre contrat par la volonté des parties et qu'il était absolument superflu de le spécifier dans un texte.

1. Sur les origines de cette idée de contrat, voir la thèse de P. Kérambrun, *l'Idée du mariage depuis le Code civil jusqu'à nos jours*. Thèse de Paris, 1909.

Toutefois on s'aperçut bientôt qu'une réglementation du divorce était indispensable. Un projet présenté par Léonard Robin fut adopté le 20 septembre 1792. Les dispositions en étaient très larges. Il admettait non seulement le divorce par consentement mutuel, mais le divorce pour incompatibilité d'humeur. La séparation de corps, désormais inutile, était supprimée.

En même temps l'héritage fut rendu indépendant du mariage ; les enfants naturels succèdent sur le pied d'égalité avec les enfants légitimes. Dès lors « la famille fut considérée comme une association libre basée sur une mutuelle confiance et sur l'égalité la plus stricte (1) ».

Le dévergondage qui suivit la Terreur aidant, une réaction ne tarda pas à se produire.

Après le 18 brumaire, on supprima le divorce pour incompatibilité d'humeur et on entoura les autres cas de restrictions, de formalités et de délais destinés à en rendre l'application lente, difficile et rare. Le Code civil consacra et compléta ces mesures, mais malgré le besoin universellement ressenti, après les excès de l'individualisme révolutionnaire d'assurer la stabilité du foyer, il maintint le divorce par consentement mutuel : on estima qu'en cas de dissenti-

1. Séance du 20 novembre 1796.

ments graves et durables entre les époux le meilleur moyen d'assurer la paix de la famille c'était encore de leur permettre de rompre leur chaîne. Mais une procédure sévère, méticuleuse et lente fut instituée.

La séparation de corps fut rétablie dans l'intérêt des catholiques auxquels leurs convictions interdisent le divorce.

Le Code règle en outre méticuleusement les conditions du mariage. Pour éviter que des unions puissent se former à la légère il exige le consentement des parents ou, à leur défaut, du conseil de famille, et il détermine minutieusement les formalités qui entourent le mariage et les garanties qui le défendent.

Corrigeant l'individualisme révolutionnaire par les principes du droit romain, il associe étroitement, dans un but de conservation sociale et de réaction politique, la famille et la propriété en restaurant la notion patrimoniale de l'héritage, duquel les enfants naturels sont exclus.

Les Bourbons firent un pas de plus dans la voie de la réaction. Sur la proposition de M. de Bonald, ils supprimèrent le divorce.

C'était une revanche du droit canon : « Aux yeux de la religion sainte, s'écriait un personnage officiel, l'avocat général Séguier, le mariage n'est pas un simple contrat naturel ou civil : elle y intervient pour lui imprimer un caractère auguste ».



Quelques idées directrices se dégagent de cet exposé :

1° Les Romains associent indissolublement la famille au patrimoine et à sa transmission régulière. Le fils, c'est l'héritier légitime : il ne peut être issu que de justes noces. Le mariage français contemporain reste patrimonial : puisque le père ne peut pas déshériter ses enfants, c'est que les biens sont toujours considérés comme la propriété de la famille plus que de l'individu. Dans cette conception, le but du mariage, c'est la famille subsistant à travers les siècles. L'individu n'est que son organe passager et l'instrument de sa grandeur. C'est là une conception aristocratique : c'est bien ainsi qu'il est naturel de concevoir l'union des sexes dans une société composée de propriétaires.

2° Le christianisme a apporté l'idée de l'égalité morale (1) des deux époux dans le mariage, celle de son indissolubilité et celle de sa sainteté. Ces idées ont passé dans les mœurs et ont par là influé sur les

1. Nous disons morale, car comme l'établit Coulon dans sa brochure *Jésus et la femme*, Paris 1895, p. 4, « la pensée de l'émancipation sociale de la femme, l'idée même de modifier sa condition n'est jamais venue à aucun moment au créateur de la religion chrétienne, »

lois. Le but est ici le développement moral intégral de la personne humaine, mari, femme ou enfant, dans et par le mariage.

3° Le catholicisme a subordonné l'individu à la famille, comme il l'a subordonné à l'Église : le but prochain du mariage, c'est l'enfant ; sa fin dernière, l'humanité en général. En conséquence la société religieuse en fait une institution qu'elle règle souverainement en vue de ses fins propres.

Le Code civil a eu également pour but de rendre la famille unie et forte en la réglementant, mais dans l'intérêt de l'État.

Ces deux conceptions sont identiques en leur fond ; elles subordonnent l'individu à une fin supérieure à lui, la société civile ou religieuse.

4° Mais les conceptions changent avec les conditions de vie : s'inspirant de principes individualistes, la Révolution considère le mariage comme un contrat volontairement consenti entre deux individus égaux en droits, où l'État n'intervient qu'au même titre que dans tout autre contrat, c'est-à-dire pour en faire respecter les clauses. Admettant que le but du mariage ce sont les deux personnes qui le contractent, elle tend à en faire une libre convention variant avec les préférences, les convenances, les circonstances de chacun, dont la société ignore le côté moral pour s'en tenir à son caractère civil, et qui peut être rompu au gré des intéressés.

Il suffit d'énoncer ces principes pour constater qu'ils ne sont pas d'accord. L'histoire les montre en lutte perpétuelle dans les mœurs et dans le droit ; l'individualisme révolutionnaire se concilie difficilement avec l'idéal tout social de l'Église, et les aspirations purement morales du christianisme avec les calculs ambitieux de l'aristocratie bourgeois. L'idéal que l'opinion se fait en France du mariage est très élevé : elle attend du ménage parfait qu'il assume toutes les obligations qui découlent des différentes conceptions que nous venons de définir. Et, sans doute, deux individus d'une absolue perfection morale s'unissant librement réaliseront tout naturellement leur bien et celui de leurs enfants, travailleront en même temps à la dignité, à la prospérité, à la grandeur de leur famille, et enfin contribueront pour leur part à assurer la stabilité et la puissance de l'État ainsi que les progrès de l'humanité en général. Mais les lois ne sont pas faites pour les gens parfaits. Aussi le Code civil n'a-t-il pu aboutir qu'à un compromis quelque peu boiteux. Il a cependant réussi à tirer de ces éléments divergents une œuvre de logique juridique durable, socialement utile et correspondant aux besoins et aux aspirations de l'époque : sans imposer l'indissolubilité absolue, il assure la stabilité des unions, garantit les droits des époux, sauvegarde leur liberté et leur dignité, assure l'avenir de l'enfant avec une prévoyance plus jalouse qu'aucune législa-

tion civilisée et fait servir la prospérité des familles à celle de l'État. Tel quel, le mariage français est celui où le législateur exige et attend le plus des époux.

* * *

En présence d'une conception du mariage ainsi élaborée, l'union libre fait assez triste figure : la justice et la paix n'y règnent guère, l'expérience commune prouve que, de deux amants, il y en a presque toujours un qui est l'opprimé.

Elle offre en particulier très peu de garanties à la femme qui, ayant perdu sa jeunesse et sa beauté, ayant eu le malheur d'être féconde, de déplaire ou simplement de cesser de plaire, a toutes les chances d'être abandonnée faible et sans ressources.

L'union libre est en conséquence généralement stérile.

Et il vaut presque autant pour l'enfant qu'on ne le mette pas au monde dans de pareilles conditions, car son avenir serait bien précaire et souvent bien misérable.

La société, elle non plus, n'a rien à gagner à la multiplication des unions irrégulières, qui, par leur manque de stabilité, ne sont des éléments ni d'ordre, ni de prospérité.

Et pourtant, comme nous allons le montrer, c'est

l'union libre qui prospère, tandis que pour le sociologue le mariage présente tous les symptômes qui caractérisent une institution en voie sinon de décadence irrémédiable, du moins de rapide et totale métamorphose.

CHAPITRE II

LA CRISE DU MARIAGE

Fruit d'une longue évolution, la conception française du mariage est sans doute la plus hautement sociale qu'il ait été donné à l'humanité d'atteindre.

Mais plus un idéal est élevé, plus il est difficile à réaliser. Il nous faut maintenant examiner ce qu'est en fait le mariage français où plutôt ce qu'il est devenu à notre époque, et surtout ce qu'il risque de devenir d'ici peu, à moins qu'il ne se produise dans nos mœurs et dans notre état social des modifications tellement radicales qu'il n'est guère permis de les espérer.

I. — *Le droit.*

La stabilité des unions est de plus en plus menacée par le développement du divorce. Sur la proposition de M. Naquet, le législateur l'a rétabli d'abord, chargé

ensuite : la loi du 6 juin 1908 a rendu automatique au bout de trois ans la conversion de séparation de corps en divorce (1), et la loi du 13 décembre 1904 a rayé du Code l'article 298 qui défendait aux deux complices de se remarier.

Le divorce n'est du reste possible que dans des cas strictement déterminés et le divorce par consentement mutuel, admis par le Code civil, n'est pas rétabli. Conformément au sentiment égalitaire qui est la religion de notre démocratie ; l'adultère du mari devient, comme celui de la femme, une cause suffisante de divorce (2).

Mais les subterfuges des intéressés souvent favorisés par l'indulgent aveuglement des tribunaux ont eu vite fait de tourner la loi. Au prix d'une comédie organisée de concert, aujourd'hui le divorce par consentement mutuel est devenu facile et commun. Il y a donc lieu de regretter que l'adultère ne soit pas, comme en Angleterre, puni d'une forte amende, à défaut de la prison qui n'est plus guère admise par nos mœurs pour un délit de ce genre : de pareils scandales seraient rendus plus difficiles.

Les juges se montrent, au contraire, de moins en moins sévères. Vers 1825 sur 1.000 prévenus, plus

1. Coulon : Conversion de la séparation de corps en divorce, Paris 1906.

2. Coulon : le Divorce et l'adultère, Paris 1892.

de 100 sont condamnés à plus d'un an et près de 500 autres à moins d'un an d'emprisonnement. De 1880 à 1890 sur 1.000 prévenus, 3 ou 4 sont condamnés à quelques jours de prison, les autres à une amende légère, et le président Magnaud est allé jusqu'à soutenir dans les attendus d'un jugement que l'adultère ne devrait pas être puni légalement.

Diverses propositions montrent que les législateurs eux aussi sont portés à une indulgence de plus en plus grande pour l'adultère. M. Viviani est l'auteur d'un projet de loi tendant à abroger les articles 338 et suivants du Code pénal (1895). M. Vallé, Garde des Sceaux, a déclaré à la tribune que l'adultère ne devrait plus être considéré comme un délit (1908). M. Paul Meunier, député, déposa un projet de loi abrogeant les articles 336 et suivants du Code pénal (13 juillet 1906). Dans l'indépendance et la facilité toujours croissante de la vie, il devient plus aisé à l'homme de trouver femme ; ainsi en devenant moins jaloux il devient plus indulgent.

Parallèlement, une série de lois tendent à affaiblir l'autorité maritale. La femme acquiert de plus en plus la libre disposition du fruit de son travail et même le droit de saisie sur le salaire du mari si celui-ci ne prend pas dans les dépenses communes la part qui lui incombe (1). Désormais, l'autorité

1. Lois du 9 avril 1881, du 20 juillet 1886, du 6 février 1893, du 18 juillet 1907.

maritale et l'incapacité de la femme ne sont plus une conséquence du mariage, mais de la vie en commun, ce qui constitue « la mesure la plus grave qui ait été prise en France dans l'intérêt des femmes » (1).

Enfin, la puissance paternelle elle-même a été restreinte par des lois assurant la protection de l'enfance (2).

« Le législateur et les tribunaux procèdent essentiellement de cette idée que le mariage et la famille étant des créations de la loi civile, doivent être uniquement soumis à la réglementation de la loi civile, qui peut les modifier à son gré, et placés sous le contrôle incessant des pouvoirs publics » (3).

II. — *Les idées et les mœurs.*

Cette évolution dans la législation et dans la jurisprudence n'est elle-même qu'une conséquence d'une évolution profonde et rapide dans les mœurs et dans les idées. (4)

La conception nouvelle des droits de la femme et

1. Glasson, Rapp. sur le Concours pour le prix du budget.

2. Loi du 5 août 1850, du 28 mai 1851, du 7 décembre 1874, du 23 décembre 1874, du 9 avril 1881, du 28 mars 1882, du 20 juillet 1886, du 24 juillet 1889, du 7 nov. 1907,

3. Kerambrun, *op. cit.* p. 58.

4. Coulon, *de la Réforme du mariage*. Paris 1900.

des droits de l'enfant, la religion de l'égalité, le besoin croissant de liberté individuelle, qui sont également des conséquences des principes de la Révolution, rendaient indispensables la plupart de ces réformes car dans toute société mais plus encore dans une démocratie, le législateur et le magistrat sont forcés de suivre les mœurs, tout en essayant de les régler. Mais surtout, il y a une crise du mariage et de la famille : « Les principes du mariage, a dit Marcel Prévost, sont : indissolubilité, — fidélité, — fécondité. Or, qui dit mariage aujourd'hui, dit presque tout le contraire de tout cela ». (1)

En 1885, on enregistra 4.123 divorces ; en 1895, 7.700 ; en 1905, 10.860 et, en 1912 14.579. De 1885 à 1912 le nombre des divorces s'est donc accru de 253 0/0 ! (2) Dans certaines régions la proportion des divorces atteint 78 pour 1000, et le mal serait tout aussi grand, avec bien des hypocrisies, bien des tiraillements, des misères et des hontes en plus, si le divorce n'existait pas. Le devoir de fidélité est pris de moins en moins au sérieux, surtout par les hommes. Enfin, non seulement la fécondité des unions diminue, (3) mais on en est venu à se pro-

1. Enquête de J.-Joseph Renaud : *la Faillite du mariage et l'union future*. Paris 1899, p. 197.

2. *Journal*, 4 juillet 1913.

3. 750.000 naissances vivantes en 1912 alors que la moyenne annuelle de 1907 à 1911 déjà extrêmement faible était de 770. 186. (J. Bertillon dans *le Matin* du 17 juin 1913.)

mettre réciproquement à l'avance de se restreindre.

On se marie peu⁽¹⁾; on se marie tard. Les mariages de pur intérêt sont plus fréquents que jamais, les mauvais ménages se multiplient, ⁽²⁾ sans parler de ces associations bien modernes, où le mariage est essentiellement « l'adultère par consentement mutuel » ⁽³⁾.

III. — *Les causes sociales et économiques.*

Ce serait un tort de ne voir dans cet état de choses qu'une pure conséquence de la décadence des mœurs, du besoin croissant de bien-être, du développement des appétits et du désir effréné d'indépendance, de luxe et de plaisir. Il y a à la crise du mariage et de la famille des raisons d'ordre social et économique.

Le progrès intellectuel a exagéré les idées de prévoyance. Le prix de la vie a formidablement augmenté et, dans bien des classes de la société, les ressources ne se sont pas développées en proportion. Par suite,

1. Depuis quelques années pourtant le chiffre des mariages se relève : 311. 929 en 1912 d'après, M. Bertillon dans *la Matin* du 17 juin 1913.

2. Le mal n'est du reste pas nouveau : « On se marie, on ne s'épouse pas » disait déjà Montaigne. Il n'est pas spécial à la France, V. Max Nordau, *les Mensonges conventionnels de notre civilisation ; le Mensonge matrimonial*. Paris 1888.

3. J.-J. Renaud, *op. cit.*, p. 120.

l'intérêt empêche bien des unions et joue un rôle par trop exclusif dans beaucoup d'autres.

Beaucoup de jeunes gens ne se marient pas parce que les chapeaux des femmes coûtent trop cher, parce qu'un garçon, pourvu qu'il ait un tailleur et quelques usages du monde, est reçu partout, et ne reçoit pas. Marié, il sera tenu de recevoir à son tour : si ses ressources ne lui permettent pas un bel appartement dans un quartier riche, des meubles luxueux, un état-major de domestiques, il sera vite délaissé et par surcroît se rendra ridicule. S'il ne reçoit pas, il perd ses relations. S'il force son train au-dessus de ses ressources, il se ruine.

Qu'il épouse donc une femme riche ? Mais s'il est sage, il saura que la dot est un mirage et qu'une femme apporte presque toujours dans le mariage des goûts et des relations qui la font plus coûteuse que les revenus de sa dot, si ronde qu'elle soit. « Le mariage ne vaut plus ce qu'il coûte », disait déjà Balzac.

Ce qui précède ne concerne que la bourgeoisie, mais dans toutes les classes de la société, se marier, c'est, de gaieté de cœur, s'imposer des charges. Autrefois l'enfant se suffisait dès qu'il était en état de garder les dindons et devenait vite une source de bénéfices. L'école obligatoire en a fait une charge pour le paysan et l'ouvrier presque autant que pour le riche. Il coûte gros et ne rapporte rien jusqu'à ce

qu'il ait obtenu son certificat d'études, et ensuite ce sont encore de nouveaux frais pour lui mettre un métier en mains, sans parler des années de service militaire. Les enfants reviennent si cher que c'est un luxe que tout le monde ne peut plus se payer. Ce sont de dures nécessités économiques qui en limitent étroitement le nombre.

Et comme, d'autre part, les gens aisés, depuis le paysan jusqu'au millionnaire, aiment tellement leur enfant que, pour lui assurer une existence plus sûre et plus large, ils se décident rarement à lui donner un frère, le mariage se stérilise, riches et pauvres, pour des raisons différentes, mais également puissantes, refusant de travailler à la repopulation.

Or, de même que le fils unique est trop souvent un enfant gâté, de même un ménage stérile ou presque stérile, risque d'être un ménage sans sincérité, sans bonheur et sans solidité. « Les ménages sans enfants, a dit M^{lle} Dugard, ont quelque chose d'incomplet et le cœur y végète (1). »

Enfin, à la campagne comme à la ville, chez le prolétaire comme chez le rentier, et, ajoutons-le, chez la femme comme chez l'homme, notre civilisation scientifique et industrielle a développé simultanément et les besoins et l'instruction. Le bien-être, le confort moderne s'imposent presque mécanique-

1. M. Dugard, *Amour et mariage*, p. 116.

ment, même à ceux qui veulent fuir le luxe ; en même temps une éducation plus soignée fait qu'à la fois on demande davantage à la vie et qu'on a moins d'illusions sur les satisfactions qu'elle réserve : on ne se marie plus pour être malheureux...

Les jeunes filles en particulier n'ont bien souvent qu'à s'en prendre à elles-mêmes si elles ne trouvent pas de maris, tant elles sont ambitieuses soit au point de vue sentimental, soit au point de vue économique : « Aux qualités morales que certaines jeunes filles attendent d'un mari, dit M^{lle} Dugard, quel héros de légende, quel chevalier de la Table Ronde pourrait les satisfaire » (1) ? Tandis qu'autrefois « si contrainte, si sevrée de douceurs, avait été leur enfance, qu'elles arrivaient au mariage avec des exigences modestes : leur offrait-on un peu d'affection et de liberté, elles s'estimaient heureuses » (2), aujourd'hui « gâtées par leur famille, elles ne peuvent se servir elles-mêmes. Elles ont une dot minime dont le revenu suffira à peine aux gages de la domestique » (3). Heureux encore quand leur idéal ne se borne pas à transformer le mari « en rouage qui ne fonctionne plus que pour des fins lucratives » (4).

1. *Ibid.*, p. 69.

2. *Ibid.*, p. 39.

3. *Ibid.*, p. 49.

4. *Ibid.*, p. 103.

CHAPITRE III

LES PROGRÈS DE L'UNION LIBRE

I. — *Les idées et les mœurs.*

Tandis que le mariage s'étiole et périclité, l'union libre se multiplie. Ignorée de la loi elle échappe à la statistique, mais l'accroissement du nombre des enfants naturels nous en donne en quelque sorte la mesure.

C'est une hypothèse trop simple que d'attribuer son développement aux seuls progrès de l'immoralité.

Il résulte d'abord de la rareté des mariages. La prudence française exigeant qu'on attende pour prendre femme qu'on ait une situation suffisante à l'entretien d'une famille, on se marie de plus en plus tard. En attendant on prend une maîtresse. Il se trouve parfois, si les enfants viennent, qu'on s'est imposé des charges et des responsabilités tout aussi

lourdes, mais on l'a fait sans y penser. Les délais et les formalités dont le Code entoure prudemment le mariage, la solennité que les mœurs y ajoutent, l'importance que l'opinion attache à cet acte, font qu'on y réfléchit à deux fois : comme il faut un certain courage pour fonder un foyer, on se décide à attendre, et finalement on ne se marie pas.

Les familles elles-mêmes travaillent souvent sans le vouloir au développement de l'union libre : elles font les mariages. Mais par là même elles en empêchent beaucoup : on s'emploie pour éviter à un jeune homme ce que le monde appelle un mauvais mariage, je veux dire une union peu avantageuse, et sans le vouloir on a travaillé à le précipiter dans les bras d'une maîtresse.

Enfin le mariage, en encadrant l'individu dans la société, le rend son esclave. S'ils sont pacifiques et bien élevés, les deux époux ont à subir les exigences de deux familles, sans parler de celles du monde. Ils souffriront souvent s'ils ont par surcroît quelque esprit d'indépendance. L'individualisme, sans doute exagéré, qui caractérise notre époque, fait que souvent les deux intéressés préfèrent pour eux-mêmes les périls d'une union qui, librement conclue, peut être librement rompue demain, aux chaînes pourtant assez fragiles aujourd'hui d'une union régulière.

La femme surtout, qui reçoit maintenant une instruction presque semblable à celle de l'homme, qui

est imbue comme tout le monde aujourd'hui, d'idées individualistes et égalitaires, à laquelle l'opinion et les mœurs accordent, quand elle est veuve ou fille, une liberté de plus en plus grande, à qui enfin la loi, entraînée elle-même par le courant démocratique qui nous emporte, accorde des droits de plus en plus étendus, éprouve plus de peine qu'autrefois à accepter la situation subalterne que le mariage, malgré quelques réformes récentes, lui fait encore dans la famille et dans la société (1). Quand, en outre, elle a des ressources personnelles ou peut vivre des produits de son travail, elle se sent l'égale de l'homme, et pour ne pas tomber dans un état d'infériorité quelle juge, non sans quelque raison ; aussi nuisible à sa dignité qu'à son prestige amoureux, elle préférera l'union libre au mariage.

Enfin le mariage est soumis à tant de conditions si étroites, prête à tant de calculs, on lui demande tant d'autres choses, qu'il paraît déraisonnable de lui demander l'amour par surcroît et ceux que tourmente le besoin d'aimer, de plus en plus s'adressent ailleurs. Une liaison de laquelle la communauté

1. « Beaucoup de femmes s'aperçoivent que l'union libre leur apporte l'amour, refusé si souvent par le mariage. Si elle ne les protège qu'insuffisamment, par contre, elle les opprime beaucoup moins que l'union légale. Demeurer libre, c'est quelque chose. » Paul Margueritte, *l'Évolution de l'Amour dans la Revue*, 1^{er} août 1907.

d'intérêts est absente paraît plus pure ; n'ayant son origine que dans le sentiment, dans l'inclination réciproque, sans que les convenances sociales et les préoccupations d'ordre pratique y interviennent, elle semble présenter plus de garanties de sincérité.

En général, les mêmes raisons qui rendent les mariages rares rendent les unions libres plus fréquentes.

II.— *Les causes sociales et économiques.*

Mais le développement du concubinat est trop régulier, trop général et trop rapide pour qu'on puisse l'expliquer entièrement par des motifs d'ordre psychologique et moral. Ici encore il faut s'élever à des causes qui dépassent le caprice individuel, à des causes d'ordre social et économique.

Dans les milieux populaires, l'union libre est une conséquence du développement des agglomérations industrielles. Les garanties dont la loi a entouré le mariage sont principalement destinées à assurer la transmission régulière de l'héritage. Le régime du mariage est étroitement lié en France à celui de la propriété. Il intéresse donc le bourgeois, il intéresse le paysan. Mais qu'importe à celui qui, vivant exclusivement de son salaire, n'a pas de capital à transmettre. Il s'affranchit donc volontiers des obligations

multiples et rigoureuses dont il ne voit pas l'utilité et qui, en fait, n'en ont pas pour lui. Il le fera d'autant plus facilement qu'à la ville, perdu dans la foule, il est libre de ses actes et n'a pas à tenir compte de l'opinion publique si terrible au village.

On objecte que le mariage est une garantie pour la femme et que c'est elle qui devrait exiger l'intervention du maire. Mais si elle a confiance en celui avec qui elle s'est unie, elle n'y pense guère ou elle y pense trop tard. Et du reste la garantie serait bien illusoire. S'il veut l'abandonner, marié ou non, l'homme changera d'atelier ou de ville. Si par hasard elle le retrouve, il lui faudrait de l'argent pour faire valoir ses droits d'épouse et, y réussit-elle, que cela ne lui servirait guère, si lui-même n'a rien. Les prolétaires se marient de moins en moins parce qu'ils n'en éprouvent pas le besoin. Ce serait au demeurant une erreur de croire que les faux ménages sont, dans les milieux ouvriers, plus mauvais que les autres : ces unions ne sauraient sans injustice être taxées d'immoralité.

Une autre raison d'ordre très général qui contribue à accroître le nombre des liaisons irrégulières, c'est l'importance prise dans la société contemporaine par le travail féminin.

La femme est de moins en moins absorbée par son rôle de ménagère et d'éducatrice et le sera moins

encore à l'avenir, si nous en jugeons par ce qui se passe déjà en Amérique : « Année après année, jour après jour, dit M^{me} Olive Schreiner, la sphère des travaux domestiques diminue, et cette diminution correspond exactement au progrès de ce que nous appelons la civilisation moderne... Aujourd'hui, fréquemment, c'est la vapeur qui pétrit notre pain... Les aliments préparés à l'usine prennent une place de plus en plus grande dans le régime du riche et du pauvre, et il est rare que l'ouvrière serve à sa famille des mets de sa façon... La vieille rengaine sur la femme pourvoyeuse de la table de famille ne contient plus un mot de vrai... Nos tapis sont battus, nos parquets cirés, nos vitres nettoyées par des procédés mécaniques appliqués par des hommes... La machine à coudre n'est plus qu'une antiquaille... Les tailleurs et couturiers pour femmes emploient des centaines d'hommes, de sorte que le vieux mythe, d'après lequel il appartient à la femme de préparer la vêtue de la famille, est détruit comme tous les autres... Dans les classes riches, à peine l'enfant est-il né qu'il est remis à une *nurse* diplômée ; des mains de celle-ci il passe dans celles d'un instructeur bien qualifié... Il en va de même dans les classes pauvres, où l'école maternelle, l'école primaire, puis l'atelier, réclament filles et garçons... L'idée que l'éducation et l'instruction des enfants appartiennent à la mère a pu être vraie dans un passé lointain,

mais elle ne signifie plus rien aujourd'hui (1). »

Libérée des travaux domestiques, la femme a été prise par l'atelier, l'usine, les bureaux. Elle tend à remplacer l'homme dans tous les emplois qui exigent peu de force et qui sont peu rémunérés. Les études supérieures et les professions libérales se sont elles-mêmes ouvertes pour elle. La conquête de son indépendance économique lui fait désirer et lui permettra d'obtenir son affranchissement social et moral et son égalité civile avec l'homme. On peut déplorer ces conséquences, on n'empêchera pas qu'elles ne soient dans la nature des choses.

Capable d'assurer elle-même sa propre existence, la femme aura d'autres aspirations et d'autres idées que celle dont la seule ressource et la seule préoccupation est de se faire épouser. Elle a acquis le sentiment de son indépendance et ne se soucie pas toujours de prendre un maître : elle préfère prendre un associé. Dans l'union libre, les deux amants vivent en effet sur le pied d'égalité quand la femme a des ressources personnelles. Et tandis que le mari s'impose à votre choix, qu'il faut bien prendre ce qu'on trouve ou se résoudre à rester vieille fille, on choisit soi-même son amant. Souvent celle qui aurait pu épouser un honnête ouvrier préférera une liaison avec un homme d'un niveau social plus élevé, dont

1. Olive Schreiner, *Women and Labour*, p. 47 à 52.

la mise et les manières satisfont davantage son amour-propre. Elle est l'amie prédestinée pour le jeune homme qui, enchaîné de son côté par les nécessités économiques, n'est assez riche ni pour fonder un foyer, ni pour entretenir une maîtresse.

Le concubinat, et c'est là une raison de ses progrès, non seulement dans le peuple, mais dans la bourgeoisie, échappe à un certain nombre des charges qui écrasent les vrais ménages. On reste en marge de la vie sociale et l'on a la liberté de vivre suivant ses goûts et suivant ses ressources. Point n'est besoin de tenir son rang, de faire des frais. On n'aura pas d'enfants, du moins on l'espère, et c'est encore une grosse source de dépenses en moins. Enfin, comme c'est surtout par le train de maison et les enfants qu'on prête le flanc à l'impôt, on échappe du même coup aux exigences du fisc. Beaucoup de gens même aisés prennent une maîtresse parce qu'ils ne se trouvent pas assez riches pour avoir une femme.

Les progrès de l'union libre mesurent le ralentissement et la gêne de l'activité économique : de même que dans le mariage, en mettant en commun le petit traitement et la maigre dot de la femme, deux individus qui s'unissent arrivent, à condition de ne pas se charger de famille, à vivre un peu moins mal que s'ils restaient isolés, de même le concubinat moderne n'est souvent que l'association économique de deux sala-

riés gênés qui n'échappent à la misère qu'en faisant loyer commun et cuisine commune...

L'opinion se rend bien compte de ces nécessités d'ordre social. Autrefois il y avait une séparation bien tranchée, une cloison étanche entre les faux ménages et les gens légitimement mariés, et ces derniers n'avaient pour les autres que du mépris. Aujourd'hui on fait une distinction très nette entre la vénalité en amour, plus méprisé que jamais, et la liberté des mœurs, qu'on amnistie avec une indulgence croissante.

Le temps n'est pas loin où un faux ménage ne trouvait ni crédit ni relations, où il lui était même difficile de louer dans une maison bourgeoisement habitée. Maintenant, une femme qui a une liaison sérieuse est considérée presque comme mariée. Si elle est fidèle, modeste, bien élevée, elle jouira de l'estime générale : on a toujours été indulgent en France pour les écarts de conduite de l'homme ; le sentiment de justice égalitaire si développé à notre époque nous a amené peu à peu à ne pas être plus sévères pour un sexe que pour l'autre.

Ajoutons, en terminant, que le tableau que nous venons d'esquisser n'est exact que pour les grands centres urbains. L'ouvrier, l'employé, l'intellectuel, l'indépendant, et souvent aussi l'homme riche, jeune ou vieux, vont à l'union libre, mais le paysan, ainsi

que le bourgeois, restant profondément attachés à l'héritage, ont besoin plus que jamais de l'union légitime. L'esprit juridique moderne exige l'égalité de tous devant la loi ; dans notre complexe civilisation, la différence énorme des conditions morales économiques et sociales exigerait au contraire, semble-t-il, que le problème de l'union des sexes reçût pour des milieux différents des solutions différentes : « Je pense, a dit spirituellement Jean Lorrain, qu'il faut supprimer le mariage à Paris et le conserver pour la province dont il est l'âme » (1). Il est dommage que cette boutade ne soit pas facile à transformer en texte de loi.

Il est stérile de déclamer contre la décadence des mœurs, il est injuste de chercher dans les lois et la jurisprudence la cause d'un état de choses dont elles ne sont en réalité que les effets. Il faut avouer que les raisons du développement de l'union libre sont sérieuses, générales et permanentes. L'une est d'ordre moral ; par suite de l'affaiblissement des idées religieuses et du fléchissement des notions de responsabilité et de devoir, nombreux sont devenus les individus qui ne peuvent concevoir d'autre but intelligible à l'existence que la satisfaction de leurs besoins et de leurs aspirations personnelles (2) ; une

1. Cité par J.-J. Renaud, *op. cit.*, p. 79.

2. « Dans un monde sans origine et sans destinée, c'est l'indivi-

autre est d'ordre social : à tort ou à raison la femme est considérée, et se considère elle-même comme l'égale de l'homme partout, sauf dans l'état de mariage. D'autres enfin, bien plus fortes, sont d'ordre économique : d'abord le mariage coûte cher ; les enfants coûtent cher ; il faut être presque riche pour fonder une famille ; en prenant une maîtresse on achète de l'affection et de l'amour au rabais. Ensuite, la société industrielle, en s'asservissant économiquement la femme s'est trouvée l'avoir affranchie moralement ; gagnant son salaire elle n'a plus besoin de l'homme et, quand elle gagnera plus que lui, elle lui sera économiquement supérieure. La femme n'a donc plus besoin de se marier pour vivre.

Ainsi la doctrine révolutionnaire, passant par-dessus la famille, laisse l'État en présence des seuls individus, tous égaux en principe ; l'évolution économique voit en chaque salarié un producteur ayant sa valeur propre et indépendante ; le matérialisme et le déterminisme font de chaque personne sa propre fin en réduisant tous les motifs de nos actions à l'intérêt. Les institutions, l'état social, les mœurs, les idées favorisent un individualisme absolu qui

dualisme qui domine et il ne pourrait exister d'intermédiaire entre l'homme travaillant pour lui seul, dans son intérêt ou pour son plaisir exclusif, et l'État qui doit centraliser tous les efforts, absorber toutes les volontés et toutes les initiatives. » (Clement, *a Dépopulation en France*. Paris, 1910, p. 222).

aboutit à la négation et à la destruction de la famille, qui, par surcroît, bien loin d'être protégée par les lois, succombe sous des charges économiques et fiscales de plus en plus écrasantes.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE

CHAPITRE PREMIER

HISTOIRE DU CONCUBINAT

Maintenant que nous avons établi que le développement de l'union libre à notre époque est l'effet de causes constantes, inéluctables, et d'une portée très générale, il nous est possible d'aborder en toute connaissance de cause le problème juridique. Quelle attitude doit adopter le législateur à l'égard du concubinat : l'abstention, la répression ou la réglementation ? Et, dans ce dernier cas, quelles mesures est-il possible, légitime et convenable de prendre pour introduire dans les liaisons irrégulières le minimum de régularité indispensable à la stabilité des relations sociales ? Telles sont les questions que nous allons essayer de résoudre par l'examen de la

législation ancienne et de la jurisprudence actuelle.

L'histoire, qu'il convient de consulter d'abord, nous montre que les trois solutions énumérées plus haut ont été essayées successivement. Elle va nous montrer en outre le législateur tantôt creusant un abîme entre le mariage et l'union libre en multipliant les avantages et les garanties en faveur du premier, tantôt, au contraire, dans le but d'une part d'obtenir de l'union libre quelques-uns des effets sociaux du mariage et de l'autre de multiplier les mariages en les rendant aussi faciles que possible, les rapprochant au point que dans certains cas il devient difficile de les distinguer.

I. — *Le concubinat antique.*

Dans toute l'antiquité classique les unions hors mariage ne sont ni blâmées par l'opinion ni prosrites par la loi: « Nous avons, déclare Demosthène, des hétaires pour la volupté de l'âme, des pallaques pour la volupté des sens, des femmes légitimes pour nous donner des enfants et garder nos maisons ». L'homme marié lui-même a le droit, en cas de stérilité de la femme, de prendre une concubine pour s'assurer une postérité,

A Rome, le concubinat, non seulement, n'est pas réprimé par la loi, mais « il s'étale au grand jour

sans entraîner aucune défaveur dans l'opinion (1). » Toutefois il est interdit avec les femmes ingénues ; il y aurait eu alors délit de *stuprum* (2). La dignité des dames romaines se trouvait ainsi protégée, le choix des hommes étant limité par la loi aux esclaves et aux affranchies. Enfin le *pater familias* se devant tout entier au foyer, était puni en cas de concubinage.

A la fin de la République et sous les Césars les rapports des sexes traversent une crise très instructive pour nous parce qu'elle n'est pas sans analogie avec celle que nous subissons actuellement. Dès les guerres d'Orient, le lien conjugal se relâche : le mariage n'est plus pris au sérieux ; les adultères se multiplient ; le divorce devient de plus en plus facile et de plus en plus fréquent ; subissant l'influence des mœurs, la loi et la jurisprudence fournissent à la femme les moyens d'échapper à l'autorité maritale ; enfin les unions légitimes se font de plus en plus rares et de moins en moins fécondes : le problème de la dépopulation se pose à la Rome d'Auguste d'une manière aussi menaçante qu'à la France contemporaine (3).

1. Esmein, *le Mariage en droit canonique*, t. II, p. 106.

2. Marcien, Dig. 25, 7, *De concub.* 3, 1.

3. M. Vanlaer, *la Dépopulation en Italie au temps d'Auguste*, 1895.

Les causes de cet état de choses sont à peu près les mêmes qu'aujourd'hui : avec la civilisation matérielle, les besoins se sont développés ; avec la richesse, le luxe s'est accru ; enfin la femme s'émancipe de plus en plus.

Comme aujourd'hui ces causes, en même temps qu'elles relâchent les liens du mariage, multiplient, au point d'en faire un danger social, le nombre des unions irrégulières.

Il serait toutefois artificiel et dangereux de vouloir forcer l'analogie. Le Code civil a creusé un abîme légal entre le mariage et le concubinat, parce que la morale courante admettait entre eux l'existence d'un abîme moral. C'est le christianisme qui a fait des rapports hors mariage une faute et presque un crime. L'opinion antique, au contraire, ne réservait aucun blâme aux libres liaisons : elle les considérait simplement comme un mode d'union socialement inférieur au mariage et n'assurant pas les mêmes privilèges : « Ce n'est pas une flétrissure, ce n'est pas non plus une union honorée. La concubine ne partage ni la considération de l'épouse, ni la honte de la prostituée ; elle occupe entre les deux une situation intermédiaire (1) ».

« L'union des sexes, dit M. Gide, considérée au point de vue juridique, peut présenter suivant les

1. J. Duval, *le Concubinat*. Thèse de Paris, 1895, p. 6.

circonstances trois caractères bien différents : tantôt c'est un mariage que la loi consacre ; tantôt c'est un attentat aux mœurs que la loi punit, tantôt enfin c'est un acte indifférent ni criminel, ni légitime, un simple fait qui n'existe pas aux yeux de la loi.. L'union légitime ce sont les *justæ nuptiæ*, l'union criminelle c'est le *stuprum* ; enfin l'union dépourvue de tout caractère juridique, celle dont la loi ne s'occupe ni pour la confirmer, ni pour la prohiber, c'est le *concubinatus* ». (1)

La lecture des auteurs latins montre que le nom de *concubina* réservé à la maîtresse en titre et en quelque sorte régulière est plus honorable que celui de *pellices*, *amicæ* que l'usage applique aux femmes avec lesquelles on entretient que des rapports passagers ou furtifs.

Un texte de Lampride montre combien le concubinage paraissait chose naturelle et légitime. Il raconte que par ordre d'Alexandre Sévère chaque gouverneur recevait en partant pour sa province aux frais du Trésor « des habits de cérémonie, une certaine somme d'or et d'argent, des chevaux, un cocher, un cuisinier, et, s'il n'était pas marié, une concubine, *quoniam sine his esse non possunt* ». (2)

Autre différence : tandis que notre législation,

1. Gide dans *Acad. des Sc. morales*, 1880, t. II, p. 549.

2. Lampride, Alexandre Sévère, 42.

s'inspirant des principes égalitaires de la Révolution, met toutes les femmes sur le même rang, la société romaine, qui, jusque sous l'Empire, resta profondément aristocratique, distinguait diverses catégories de femmes, et ne permettait pas à toutes de prétendre au titre d'épouses.

A l'origine un patricien n'eût pu épouser une plébéienne ni un ingénu une affranchie. Le *tribun Canuleius*, en 309, obtint pour la plèbe le droit de s'allier aux anciennes *gentes*, mais ces mariages, autorisés désormais par la loi, furent d'abord rares et longtemps considérés avec défaveur par l'opinion (1).

Même après Auguste, il continua d'être défendu aux citoyens de l'ordre sénatorial d'épouser des comédiennes, des affranchies, des prostituées. Il fut également interdit aux ingénus d'épouser une entremetteuse, une affranchie d'entremetteur ou d'entremetteuse, une femme surprise en adultère, une comédienne, une femme condamnée par le Sénat ou dans une instance publique, en un mot, toute femme notée d'infamie (2).

Ces interdictions avaient pour correctif le concubinat. Celle qu'on ne pouvait épouser, on la prenait pour concubine, et réciproquement, une union même aussi exclusive, aussi solide, aussi durable que le mariage ne pouvait être qu'un concubinat

1. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 158 et la note 2.

2. Dig. 23, 2, *De R. N.*, 44, pr.

avec des personnes de certaine catégorie : Le concubinat était le seul mode d'union possible avec les femmes de naissance obscure ou de moralité suspecte. Il était également la ressource de l'homme qui ne voulait pas que sa compagne portât son nom et que les enfants entrassent dans sa famille civile : on l'appelait *inæquale conjugium* (1). En conséquence, si les anciens n'établissaient pas entre le mariage et le concubinat de distinction d'ordre moral, ils les opposaient au contraire au point de vue social : le concubinat était une union honorable, mais d'ordre inférieur, qui n'assurait pas les droits, les privilèges réservés exclusivement aux *connubium*.

La jurisprudence s'est constamment inspirée de cette conception aristocratique : dans les cas douteux elle admet qu'il y a mariage quand l'homme et la femme sont de même rang, et qu'il y a concubinage quand leur situation sociale n'est pas égale (2).

Enfin, tandis qu'à l'entrée du mariage moderne il y a des formalités, une cérémonie et des engagements d'un caractère contractuel qui en fixent immédiatement le caractère et le distinguent nettement dès le premier jour du concubinat, dans le droit romain de la période classique nous ne trouvons rien de tel : le mariage est tout d'abord un état

1. Accarias, I, p. 246-252.

2. Girard, *Manuel de droit romain*, p. 154 et Dig., 23, 2, *De R. N.*, 24. — C., 5, 4, *De Nupt.*, 22; 23, 7.

de fait, et ce n'est que par voie de conséquence qu'il entraîne des effets de droit. Il n'a rien d'un contrat solennel (1).

En effet « le contrat, pour les Romains, ce n'était pas la donnée vague d'un accord juridique quelconque. C'étaient des volontés se concertant pour faire naître des obligations pécuniaires..., c'était l'accord juridique d'où l'on ne sortait que créancier et débiteur. Aussi n'ont-ils pas eu la pensée d'appliquer cette notion contractuelle ni à leurs *justes noces* ni aux devoirs de vie commune et de fidélité qui en résultaient. Les justes noces n'étaient rien d'autre que le fait même de l'union et de la communauté d'existence, commencé et poursuivi à titre conjugal et salué au dehors comme union légitime. Conduire en sa demeure celle dont on voulait avoir des enfants *voués à la puissance paternelle*, voilà quel était en droit tout leur mariage et qui s'établissait sans nul appareil de stipulation ou d'autre forme légale. Une entente familiale avait précédé sans doute ces justes noces que des fêtes religieuses ou profanes accompagnaient ensuite, mais elles ne formaient pas même un acte juridique » (2).

La conséquence capitale du mariage, c'est la détermination de la paternité. D'après le Code civil, c'est par l'acte du mariage que le père prend la res-

1. Girard, *op. cit.*, p. 150-154.

2. Lefebvre, *Nouv. rev. hist.*, 1902, p. 305-306.

ponsabilité des enfants à venir. Chez les Romains, au contraire, la filiation était à l'époque classique un état de fait : « Ce qui constituait à leurs yeux le rapport naturel de parenté, c'était un fait purement physique ; non pas le fait de la génération que la nature cache et que le juge ne peut constater, mais le fait de la naissance. La même loi naturelle qui attribue les fruits de la terre au propriétaire du sol et non à celui de la semence va régler le sort de l'enfant (1). »

Le mariage ne se différenciait donc pas aussi nettement du concubinat chez les anciens que chez les modernes. Il nous reste à montrer comment, par une double évolution, son caractère s'est peu à peu altéré au point qu'au temps d'Auguste il était devenu dans certains cas difficile à la jurisprudence de distinguer les *justæ nuptiæ* du *concubinatus*, et comment inversement, depuis Auguste, le concubinat tend à devenir un genre d'union régulier, reconnu par la loi, et comme une sorte de mariage inférieur (2).

A l'origine, le mariage se distinguait du concubinat avec une parfaite précision ; la cérémonie religieuse de la *confarreatio* fixait avec précision la date de l'union et elle était génératrice de droits pour les deux conjoints et pour l'enfant. Mais elle restait l'apanage des membres des anciennes *gentes*.

1. Gide, *Acad. des Sc. morales*, 1880, t. I, p. 870.

2. En ce sens Accarias, 1, p. 246-252. — En sens contraire Girard, p. 184 et Gide (précité note 1).

Pour la plèbe, au temps de la loi des douze tables, l'union conjugale reposait uniquement sur la convention mutuelle des parties (*mutuus consensus*) et sur l'affection qu'elles s'étaient promises (*affectio maritalis*). Nulle formalité civile ni religieuse n'était accomplie (1).

Le peuple ayant conquis le *connubium* et les droits civils, il fallut imaginer une forme de mariage qui lui fut accessible « et qui, pour les relations civiles, produisit les mêmes effets que le mariage sacré. On eut recours, comme pour le testament, à une vente fictive. » (2) La femme fut achetée par le mari (*coemptio*) et tomba ainsi dans sa *manus* (3). Ce fut, à côté du mariage religieux, une sorte de mariage civil.

Mais « tout objet peut être acquis indifféremment de deux manières, par achat et par *usage* ; il en est de même de la propriété fictive de la femme. » (4) Il y eut donc un mariage par *usus* : après un an de cohabitation, la femme était considérée comme mariée. mais il suffisait qu'elle l'interrompit en découchant pendant trois nuits de suite (*usurpatio trinoctii*), pour échapper à la *manus* de son mari et rester dans sa propre famille (5).

Il y avait là, pour les femmes, un moyen de se sous-

1. Fustel de Coulanges, *la Cité Antique*, p. 368.

2. *Id.*, *ibid.*

3. Gaius, I, 113.

4. Fustel de Coulanges, *op. cit.*, p. 369.

5. Gaius, I, 111.

traire à cette dure autorité maritale qui, en ancien droit, faisait d'elles la propriété, la chose de leur mari. Elles en usèrent largement pour obtenir de la loi d'indépendance à laquelle elles aspiraient et que les mœurs leur reconnaissaient déjà :

« Ainsi on arriva naturellement à l'idée d'un mariage purement consensuel, sans *manus*, conservant à la femme sa liberté lorsqu'elle était *sui juris*, au *pater familias* la puissance paternelle sur sa fille, si elle était *alieni juris*.

» Le mariage libre n'exigeait pas de formule sacramentelle... le consentement pouvait être tacite ; ainsi la cohabitation faisait présumer le consentement au mariage » (L. 24. *De ritu nuptiarum*. D. 23. 2).

» Nulle cérémonie, ni civile, ni religieuse, ne s'imposait ; il suffisait d'un simple consentement. La communauté apparente d'habitation et la possession d'état étaient une preuve suffisante de l'existence du lien conjugal » (1).

Ce mariage sans *manus* est le seul qui subsiste à partir du IV^e siècle. Il avait l'avantage, très grand au point de vue social, de transformer automatiquement l'union de fait en union de droit et de marier, sans qu'ils aient à s'en occuper, les conjoints récalcitrants ou simplement négligents. Mais il avait en revanche le grave inconvénient de rendre dans bien des cas

1. E. Stocquart, *Aperçu de l'évolution juridique du mariage*. Bruxelles, 1905, p. 13.

l'état de mariage pratiquement indiscernable de celui de concubinat. Les *justæ nuptiæ* pouvaient en effet s'accomplir sans aucune cérémonie ; il suffisait que la jeune fille fut conduite dans la maison de son fiancé avec son consentement et celui des deux pères de famille. Elle ne différait donc du *concubinatus* que par l'intention (*affectus maritalis*) qui de par sa nature n'était pas d'une constatation aisée. En conséquence, si les deux intéressés étaient orphelins, s'il n'y avait eu ni *instrumentum dotale*, ni cérémonies ou fêtes quelconques, si enfin l'union datait d'au moins un an, ou si la femme se trouvait, intentionnellement ou non, avoir découché trois jours, il était impossible de savoir si elle était vraiment mariée. D'où d'insolubles contestations, surtout en cas de décès d'un des deux conjoints.

Pour savoir s'il y avait mariage ou concubinat on se basa, comme nous l'avons dit, sur la plus ou moins grande inégalité de rang et de situation entre l'homme et la femme. Mais cet expédient n'était pas de nature à fournir une règle précise et dut donner lieu à des litiges sans fin, puisque cette jurisprudence établie à la période classique, fut remaniée par Valentinien et Théodose et finalement abolie par Justin qui, s'inspirant de l'idéal chrétien, décida que, dans le doute, on présumerait toujours le mariage(1).

1. F. Girard, *Manuel de dr. rom.*, p. 154.

Non seulement on entrait dans le mariage sans aucune formalité, mais, et de plus en plus facilement, on pouvait en sortir de même : l'existence du divorce est constatée dès le v^e siècle avant Jésus-Christ. A l'origine, en cas de *manus*, seul le mari avait le droit de répudier sa femme, et ce n'était que dans le mariage sans *manus* que la femme avait également le droit de divorcer, ou que l'ascendant qui l'avait en puissance pouvait prendre pour elle cette initiative (1).

Plus tard la femme put exiger dans certains cas aux fins de divorce sa libération de la *manus*.

On en arriva finalement au divorce par consentement mutuel, qui se consommait par simple acte privé, sans intervention d'aucune autorité civile et religieuse, même à l'époque chrétienne. Bien plus, du seul fait d'un deuxième mariage découlait à l'époque classique la répudiation tacite de la première femme, ce qui rendait matériellement impossible le délit de bigamie.

Sous Auguste le divorce est si répandu et si facile que rien ne distingue plus le mariage d'une liaison passagère. Sénèque parle de dames romaines qui comptaient leurs années « non par le nombre des consuls, mais par celui de leurs maris (2). » Et Juvénal nous apprend qu'une dame romaine trouva moyen d'avoir jusqu'à huit maris en cinq ans.

1. Girard, *op. cit.*, p. 162.

2. Sénèque, *De Beneficiis*, III, 16.

Non seulement les mariages se faisaient et se défaisaient au gré des conjoints, sans délai ni formalités, mais les unions étaient de moins en moins étroites et de moins en moins sérieuses. La femme était arrivée dans la pratique à l'affranchissement complet :

« Dans l'ancien droit romain, quatre pouvoirs domestiques venaient limiter dans tous les sens l'indépendance de la femme : la puissance paternelle et la puissance maritale qui s'exerçaient sur sa personne, la tutelle et la *manns* qui s'appliquaient à ses biens. A l'époque de Tibère ces quatre pouvoirs se sont brisés en se heurtant les uns contre les autres » (1).

La stérilité croissante des unions contribuait également au relâchement du lien conjugal.

Enfin l'adultère était devenu courant : « On l'envisageait plaisamment comme un correctif et un complément du mariage » (2).

La sévérité des lois caducaires et de la loi *Julia de adulteriis* (3) promulguées par Auguste dans le but de combattre le célibat suffirait à montrer à

1. Coulon, *Jésus et la femme*, Paris 1895, p. 20. V. aussi p. 20-24.

2. P. Lafargue, *la Question de la femme*. Paris 1904, p. 4, note.

3. Pour les lois caducaires, *Julia de maritandis ordinibus* et *Papia Poppea*, voir les fragments au Dig., 22, 2, *De R. N.* et Girard, *op. cit.*, p. 875 et la note 4. Pour la loi *Julia de adulteriis* voir Dig., 48, 5, *Ad leg. Jul. de adult. coerc.*

quel degré de défaveur et de décadence le mariage était tombé : il exigea que les hommes de vingt-cinq à soixante ans et les femmes de vingt à cinquante fussent mariés sous peine de devenir inaptes à hériter d'autres personnes que de leurs proches parents. Il frappa également d'une incapacité de moitié sur les successions qui pouvaient leur échoir les hommes qui n'avaient pas au moins un enfant légitime, les femmes ingénues qui n'en avaient pas trois et les affranchies qui n'en avaient pas quatre. Malgré leur sévérité ces lois, qui restèrent en vigueur jusqu'à Constantin, ne paraissent pas avoir réussi à enrayer le mal (1).

De l'exposé qui précède nous sommes en droit de conclure qu'à l'époque d'Auguste et de Tibère, non seulement le mariage était en pleine décadence, mais que, souvent il n'était plus qu'une sorte de concubinat légal où les époux entraient et d'où ils sortaient librement, quand et comme ils voulaient, et qui, même pendant qu'il durait, ne les astreignait en réalité qu'à très peu d'obligations réciproques.

Pour que la confusion fut complète, il ne restait plus qu'à faire du concubinat une sorte de mariage, et c'est ce qui arriva en effet.

Vers la fin de la République, il existait à côté des

1. Voir Ch. Lefebvre, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*. Paris, 1900, p. 99 et suiv. et Proudhon, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, p. 38, nouvelle édition belge,

justæ nuptiæ plusieurs autres modes d'union : d'abord le concubinat, union d'ordre inférieur mais durable, puis le mariage du droit des gens, entre personnes exclues du *connubium*, enfin le *contubernium* ou union des esclaves. Comme on l'a déjà vu à propos des justes noces, les Romains avaient une tendance à multiplier les genres d'unions pour les faire correspondre à la situation sociale des conjoints, mais sans considérer aucune de ces formes des rapports des sexes comme immorales. Seuls les enfants issus du *stuprum*, les *vulgo concepti* et les *spurii*, fruits d'un caprice accidentel ou d'une union criminelle étaient considérés comme de véritables bâtards (1).

Tel était du moins l'état des mœurs. Faute de documents, on est moins fixé sur l'état des lois. Il semble pourtant établi que, jusqu'à Auguste, le concubinat, étranger aux prévisions du Code, ne produit aucun effet civil : Cicéron et Plaute nous parlent en effet de la concubine comme d'une maîtresse ordinaire (2).

On n'est pas d'accord sur la portée même des dispositions prises par Auguste relativement au concubinat dans les lois caducaires. Nous n'avons sur ce point qu'un texte de Marcién : *Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur, nam quia concu-*

1. Girard, *op. cit.*, p. 186.

2. Cic. de Orat. I, 40. — Plaute, *Epid.* Acte III Sc. IV, v. 33 et 34.

binatus per leges nomen assumpserit extra legis pœnam est (1). Comme il est constant qu'Auguste avait fait du *stuprum* un délit public, il semble qu'il faille interpréter ainsi la pensée de Marcien : « On ne commet pas un *stuprum* en prenant une concubine, car les lois ayant donné un *nomen* au concubinat, l'ont par cela même dérobé à toute peine (2) ».

D'où M. Gide conclut que même après les lois caducaires, le concubinage n'est autre chose qu'un simple fait dépourvu de tout caractère et de tout effet légal.

Comment, dès lors, explique-t-il, qu'il soit mentionné par la loi ?

« Le concubinat, dit-il dans un mémoire communiqué à l'Académie des Sciences morales le 20 février 1880, bien qu'étant un fait extra-légal est cependant défini par la loi, car il se trouve placé entre deux faits légaux, les *justæ nuptiæ* et le *stuprum*. Et la loi qui a défini ces deux faits et en a tracé les limites a par cela même circonscrit le concubinat qui se trouvait entre deux. En sorte que l'explication du titre *De concubinis* (dans le *Digeste*) dépend des deux questions suivantes : Qu'était-ce que les *justæ nuptiæ* ? Qu'était-ce que le *stuprum* ? (3). »

1. *Dig.*, 25, 7, *De Conc.*, 3, 1.

2. Duval, *le Concubinat*, p. 30.

3. Acad. des Sc. morales, année 1881 t. I p. 694

Auguste n'aurait donc fait que confirmer un état de choses depuis longtemps existant en lui donnant un *nomen*.

D'après M. Giraud au contraire, il ne faut pas traduire comme le fait M. Gide *concubinatus* par *concubinage* mais par *concubinat* et il faut conclure du texte de Marcien « le concubinat est un état légal, réglé par la jurisprudence et produisant des effets civils » (1). Nous n'avons pas à entrer dans ce débat. Ce qui est certain, et ce qui suffit à notre objet, c'est que le concubinat qui n'était d'abord qu'un état de fait est devenu à un moment qu'il est difficile de préciser, mais sans doute à la suite d'une lente évolution et par étapes successives, un état de droit impliquant certaines obligations et certains avantages légaux. Voici les conditions auxquelles il était soumis à l'époque où eut lieu la rédaction des Codes : « Il est interdit entre frères et sœurs, oncle et nièce, tante et neveu ; il est défendu au fils avec l'ex-concubine de son père : il n'est autorisé qu'entre individus nubiles (2). » Le concubin ne possède pas la puissance paternelle, sa concubine n'entre pas dans sa famille et le lien de l'agnation n'existe pas entre les membres de la famille issue du concubinat. « Ce n'est guère qu'à l'époque de Constantin qu'on

1. Acad. des Sc. morales, année 1880 t. II p. 549.

2. *Digeste* XXIII. 2. *De ritu nuptiarum*. Loi 4 par. 55, et *Digeste* XXV. 7. *De concubinatu* Loi I.

aperçoit un lien légal rattachant au père les enfants issus du concubinat (1) ». En ce qui concerne les rapports des sexes, les empereurs chrétiens ne font que continuer la tradition de leurs prédécesseurs. Par leurs lois, ils combattent le *stuprum* et l'adultère, et cherchent à consolider et à purifier, non seulement le mariage, mais même le concubinat (2).

De par la conception chrétienne des rapports des sexes, ils étaient nécessairement hostiles à toute union irrégulière. Mais, impuissants à les abolir, ils cherchèrent du moins à en relever le niveau moral en les rapprochant de plus en plus du mariage. Le concubinage devient alors, suivant l'expression constante des textes de cette époque un *inequale conjugium*, une *legitima conjunctio sine celebratione matrimonii* (3). S'il fallait lui trouver un analogue moderne, ce serait bien moins à notre union libre

1. Duval, *Du Concubinat*, p. 10. Citons également les conclusions de cet excellent travail qui tiennent le milieu entre celles de M. Gide et celles de M. Giraud.

« I. Le *Concubinatus* n'avait, avant Auguste, aucun caractère légal.

» II. Il devint à partir des lois caducaires un mariage *sui generis*.

» III. A l'époque classique, les enfants issus du concubinat n'ont pas de père certain.

» IV. Il n'existe entre eux et leur auteur paternel aucun droit de succession *ab intestat*.

2. Voir sur tout ce qui suit Troplong. *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*. (*Revue de Législ. et de Juris.* t. XIV, 1841, p. 361 et suivantes).

3. C. T. H. 4. 6, *De nat. fil.*, 7 C. h. t. III.

qu'on pourrait le comparer qu'à ces unions morganatiques des princes allemands qui sont de véritables mariages mais où la femme n'accède pas aux avantages et aux honneurs que lui assurerait un mariage ayant son plein effet.

Le *concubinatus* fait naître au profit de la concubine un droit de succession (1) du reste assez restreint.

Il rattache au père les enfants distingués seulement alors sous le nom de *liberi naturales* (2).

Il fut interdit aux citoyens d'avoir à la fois une femme légitime ou une concubine et de posséder plusieurs concubines (3).

Marcien admit comme régulier le concubinage entretenu avec une femme ingénue, *honestæ vitæ*, ce qui relevait l'institution (4).

Toutes ces mesures ne donnèrent sans doute pas de résultat bien brillant puisque, vers l'an 910 ou 911 après Jésus-Christ, l'empereur Léon le Philosophe supprima purement et simplement le concubinage légal comme contraire à la morale chrétienne. Comme en même temps il fait du sacrement l'élément constitutif du mariage, il créa un abîme entre l'union légale et le concubinat, conformément aux

1. Girard, *Manuel de dr. rom.*, p. 186.

2. *Id.*, *ibid.*

3. D'après une sentence de Paul, II. 20 des restrictions semblables auraient déjà existé dans l'ancien droit : *Eo tempore quo quis uxorem habet concubinam habere non potest*. Mais ce texte ne se trouve que dans la *lex Visigothorum* et a pu être interpolé ou altéré.

4. Dig., 25, 7, *De concub.*, 3, 1.

principes de la morale chrétienne. C'était une révolution. Une constitution de Théodose le Jeune nous montre en effet que le seul consentement sans aucune solennité suffisait encore au mariage, et sous Justinien, le mariage n'était encore qu'un contrat purement civil (1), parfaitement valide sans l'intervention du prêtre.

Désormais l'union conjugale civile est identifiée avec le sacrement de l'Église et n'a d'effets civils et juridiques qu'autant qu'elle a été sanctionnée par une cérémonie religieuse (2).

En résumé, le concubinat à Rome a traversé trois périodes successives. Dans la première, depuis les origines jusqu'aux lois caducaires, il n'est qu'une des multiples formes d'union des sexes qu'admettaient simultanément les mœurs romaines et il ne semble n'avoir été soumis à aucune réglementation : la morale l'admettait ; la loi l'ignorait.

Dans la seconde, qui va d'Auguste à Constantin, les empereurs, par le fait même qu'ils le distinguent du *stuprum*, qui est un délit, et du *connubium*, qui est une institution sociale, lui reconnaissent une existence légale et sont amenés à le réglementer. Ce travail législatif vient se cristalliser en texte dans les Codes de Théodose et de Justinien.

1. Nov. CXII, Chap. 4, 6.

2. Léon, Nov. LXXXIX, 25 V. Stoquart *op. cit.*, p. 29.

Dans la troisième, les empereurs chrétiens essayent de faire du concubinage un véritable mariage et échouent sans doute dans leurs efforts puisque Léon le Philosophe supprime purement et simplement le concubinage légal.

II. — *Le concubinage en France jusqu'à la Révolution.*

L'Église, malgré l'inflexibilité de sa doctrine, fut comme les empereurs forcée de transiger avec le concubinat. Continuant l'évolution commencée, elle s'efforce du moins de diminuer encore la distance qui le sépare de l'union légitime.

Les canons de saint Hippolyte refusent le mariage à celui qui a, pour prendre une épouse légitime, abandonné sa concubine, à moins toutefois que celle-ci ne l'ait trompé.

Saint Augustin n'admet la concubine au baptême que si elle s'engage à ne jamais quitter son amant. Le premier concile de Tolède autorise le concubinat à condition qu'il soit perpétuel comme le mariage. Enfin le concile d'Orléans (528) déclare bigame celui qui a deux femmes, sans distinguer s'il s'agit d'épouse légitime ou non, et interdit la polygamie au concubin comme à l'homme marié.

Mais l'Église, n'ayant pu réussir à moraliser le con-

cubinat, changea de tactique et chercha à le détruire. Déjà les constitutions apostoliques obligeaient le chrétien à abandonner sa concubine si elle est esclave et à l'épouser si elle est libre, sous peine d'être exclu de l'Eglise ; saint Ambroise exigeait même que l'amant d'une esclave l'épouse après l'avoir affranchie. Nous voyons Hincmar de Reims faire à l'homme qui se marie une obligation de l'abandon de sa concubine et interdire à l'homme marié d'entretenir une concubine. Au moyen âge le concubinat est considéré comme un état délictueux.

Lors de la renaissance du droit romain, les efforts des légistes pour revenir à l'ancien état de choses échouèrent complètement devant l'autorité grandissante de l'Eglise. On renchérit au contraire : on en vint à considérer le concubinage comme un délit beaucoup plus grave que la fornication passagère, parce qu'il est une fornication répétée, persévérante et réfléchie. On refusait aux enfants qui en naissaient la légitimation réclamée pour eux par Barthole. Il est vrai que par une singulière inconséquence les mêmes canonistes les admettaient pour une large part à la succession de leur père, conformément aux dispositions du Code de Justinien.

Le Concile de Trente décida que les concubins qui, au troisième avertissement de leur évêque, ne rompraient pas leurs relations, seraient frappés d'excommunication. S'ils persévéraient plus d'un an,

leur faute était tenue pour contraire, non seulement à la morale, mais à la foi ; ils étaient passibles des peines édictées contre l'adultère et contre l'hérésie. Quant à la femme qui persévérait dans le concubinage, elle subissait la peine de l'exil.

De nombreuses protestations s'étant produites, notamment celle du cardinal de Lorraine qui déclara que jamais le pouvoir temporel n'autoriserait l'application de ces mesures en France, le concile dut renoncer à l'excommunication et à l'exil, et se contenta de livrer les concubins impénitents non plus à l'inquisiteur mais à la juridiction de l'ordinaire (1). Cette décision ne fut du reste jamais appliquée en France.

Les tribunaux ecclésiastiques pourchassèrent les concubins jusqu'au xvi^e siècle. Quant à la jurisprudence civile qui, pendant tout l'ancien régime, ne fait que reproduire les prescriptions du droit canon en les précisant et en les accommodant aux exigences sociales, après avoir longtemps hésité, elle décida au xviii^e siècle que les officialités ne pourraient connaître du concubinage des laïcs. Les Parlements n'intervenaient dans ce genre d'affaire qu'en cas de scandale public.

Au demeurant, la répression s'adoucit de plus en plus : « Les ordonnances du Roi, dit Merlin, ne prononçaient point de peine contre le concubinage tant

1. Esmein, *le Mariage en droit canonique*, t. II, p. 310.

qu'il était commis sans scandale et par les laïcs » (1). Mais la loi civile autorisait la recherche de la paternité et en admettait même la preuve avec une facilité excessive : il suffisait de la déclaration de la femme séduite pour exiger du séducteur un premier secours, sauf vérification ultérieure par une instruction où la preuve testimoniale était admise. Enfin l'ancien droit interdisait les donations entre concubins : comme la recherche de la paternité, cette disposition était l'occasion d'enquêtes scandaleuses et d'inquisitions vexatoires. Dans son horreur du concubinat la loi n'était arrivée qu'à favoriser les intrigues, les manœuvres louches et le chantage.

Dans sa lutte contre le concubinat, l'Église fut entraînée à rendre le mariage tellement facile que, par une conséquence non prévue mais bien naturelle, il devint fort malaisé de distinguer ces deux états l'un de l'autre.

L'Église primitive avait proclamé l'indissolubilité du mariage (2) ; elle était même hostile aux secondes

1. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, t. III, p. 353.

2. Constantin, d'après le *Bréviaire d'Alaric* et la loi des Burgondes s'était déjà attaqué à la répudiation : pour qu'elle soit accordée il faut que le mari soit un malfaiteur, que la femme soit adultère, empoisonneuse, qu'elle ait attenté à la vie de son époux. Mais il laisse subsister le divorce par consentement mutuel. Hincmar, au ix^e siècle, Gerbert au x^e exigent l'indissolubilité absolue du mariage, déjà formulée en termes rigoureux par le capitulaire de 789, chap. XVII. Mais, comme le soutient M. Freisen,

nores et surtout, en cas de divorce, elle avait lutté énergiquement pour empêcher un second mariage du vivant du divorcé (1).

Elle avait donc dû être favorable à toutes les mesures propres à assurer l'intégrité du lien conjugal. Elle exigeait le consentement des parents : *si parentes non interfuerint et consensum non adhibuerint secundum leges nullum sit matrimonium* (2). S'inspirant de la parole de saint Paul : *sacramentum hoc magnum est*, elle recommandait de faire bénir le mariage par un prêtre ce qui avait pour effet de donner à cet acte une publicité suffisante. Cette dernière disposition fut adoptée par les Francs comme le prouve un capitulaire de Pépin, daté de 755 : *Ut omnes homines laïci publicas nuptias faciant tam nobiles quam ignobiles*. Les Francs semblent avoir admis docilement cette prescription,

ce n'est qu'au x^e siècle, que l'Église ayant acquis la juridiction exclusive du mariage arrive à mettre d'accord la pratique avec sa doctrine et exige l'indissolubilité absolue en fait.

1. Il est intéressant de noter qu'on discuta longtemps pour savoir si le divorce était permis en cas d'adultère. Saint Augustin dans son *De conjugii adulterinis* dit non ; Tertullien dans *l'Adversus Marcionem* dit oui, et avec lui saint Grégoire de Naziance, saint Épiphane, saint Jean Chrysostôme. Pour Pierre Lombard le divorce *ob fornicationem* est interdit. La question ne fut définitivement tranchée que par le canon VII du concile de Trente, adopté après une longue discussion, qui interdit à l'époux trahi et de contracter une nouvelle union et même de divorcer.

2. Canon 31, 9, 6.

mais avoir eu plus de peine à la faire passer dans la pratique : « Même après le triomphe du mariage religieux, les futurs époux continuaient à le consommer avant de le faire bénir par le prêtre » (1).

Dans son désir de diminuer le nombre des concubinats, dans son impuissance à triompher brusquement des mœurs barbares, l'Église changea de tactique et à mesure qu'elle devenait plus sévère pour le concubinat, elle se montra plus facile en ce qui concerne le mariage : elle n'imposa plus son intervention directe, plus tard elle n'exigea même plus le consentement paternel, en vertu de ce principe que les parties elles-mêmes sont les ministres du sacrement.

Pierre Lombard et son commentateur Durand affirment que l'essence du sacrement n'est pas la célébration par le prêtre, mais le consentement du mari et de sa conjointe (2). Certaines coutumes autorisaient les enfants à se marier après vingt ans sans le consentement des parents, mais aucune loi ne les obligeait, sous peine de nullité, à se marier du consentement de leurs ascendants (3).

1. Stocquart, *op. cit.*.

2. Stocquart, *op. cit.*, p. 21.

3. Dist. XXVII. Voir sur cette question Friedberg, *das Recht, der Eheschliessung* (p. 154) et Dessaulles, *les Erreurs de l'Église en droit naturel et canonique sur le mariage et le divorce* (p. 265-266) : « L'Église a décidé au Concile de Trente, après avoir accepté le contraire pendant des siècles, qu'il n'y a pas de mariage régulier et honorable hors de la présence du prêtre. »

Pour qu'il y eut mariage il suffisait donc à la rigueur du consentement des deux parties : deux personnes entretenant des rapports volontaires ensemble pouvaient donc se considérer comme mariées. C'était le retour au mariage par *usus* des Romains, avec le consentement des parents en moins. Au lieu de supprimer le concubinat, l'Église s'était donc bornée à le parer du titre du mariage, sans du reste en diminuer les dangers et sans le moraliser. On devine quels inconvénients pouvaient entraîner un pareil état de choses : « Des concubinaires pouvaient se faire traiter comme légitimement mariés ; en niant *le mariage* ou en le passant sous silence, des gens séparés de leur conjoint pouvaient contracter une nouvelle union ; la situation était vraiment grave au début du xvi^e siècle (1).

Aussi les réformateurs, Luther et Calvin, et, avec eux, des juristes comme Ch. Dumoulin et Pasquier s'élevèrent contre les mariages clandestins qui étaient devenus un véritable fléau et demandèrent énergiquement qu'on exigeât au moins des conjoints le consentement paternel.

Le Concile de Trente se trouva en présence d'une situation intolérable à laquelle il était urgent de porter remède. « Jusque-là, dit Proudhon, l'Église fut dans l'habitude de donner à tous ceux qui le lui

1. Abbé Boudilhon, *le Mariage et les fiançailles*.

demandaient la bénédiction nuptiale, sans témoins, sans annonces préalables, sans nul souci des familles et des tiers. Le sacrement, en effet, étant un don de Dieu, ne requiert pas l'assistance des hommes. De là ce fléau des mariages clandestins, auquel le Concile de Trente fut obligé, sur la réquisition formelle des souverains, de porter remède en déclarant qu'à l'avenir tout mariage devait à peine de nullité être célébré par le curé des parties ou par son délégué, accompagné de deux ou trois témoins (1). » En conséquence il proclame la nullité des mariages purement consensuels. L'union, pour être valable, doit se faire à l'Église en présence du propre curé des deux conjoints : *in facie Ecclesiæ, proprio præsentè parochò* (2)

Mais dans sa session XXIV le Concile de Trente maintint que le consentement des parents n'était pas indispensable à la validité des unions et frappa même d'anathème ceux qui soutiendraient qu'en pareil cas le mariage était nul :

« La matière de ce sacrement, c'est le consentement des époux ; sa forme, ce sont les paroles qui l'expriment ; son effet, c'est de conférer aux époux la grâce nécessaire pour leur permettre d'accomplir,

1. P.-J. Proudhon, *De la Justice dans la Révolution et dans l'Église*.

2. Planiol, *T. de dr.*, t. III, ch. VII. Le décret du Concile est du 11 novembre 1563, mais on réclamait depuis longtemps dans l'Église la publicité des mariages (Concile d'Arles, 524).

comme il convient, la fin du mariage. Dès lors le mariage n'est pas un contrat, c'est uniquement un sacrement institué par la volonté divine auquel le contrat s'applique et dont aucune force humaine ne peut empêcher l'effet. Comment, dès lors, le consentement paternel pourrait-il constituer une condition de validité de l'union conjugale (1). »

Enfin le divorce, qui avait été admis par saint Augustin et les premiers conciles, fut rigoureusement interdit même en cas d'adultère.

Les mesures prises par le concile différenciaient nettement le mariage du concubinat et donnaient en partie satisfaction aux réclamations du pouvoir civil. Son décret toutefois ne fut pas reçu en France et l'Ordonnance de Blois en 1579 fit du mariage en droit civil comme en droit canon un contrat solennel mais, contrairement à la décision du concile, exigea en outre l'autorisation des parents. La jurisprudence frappa de nullité les mariages clandestins et assimila au rapt les mariages conclus sans le consentement des familles. Comme la peine du rapt, c'était la mort, on peut juger et du besoin de régularité dans les unions qui était alors ressenti et des difficultés que le législateur rencontrait pour l'imposer aux mœurs.

En résumé, l'Église et la Royauté se sont trouvées d'accord pour combattre le concubinat, pour le con-

1. Stocquart, *op. cit.*, p. 288, 289.

sidérer comme un délit mais il ne semble pas que les efforts réunis de l'autorité religieuse et de l'autorité civile aient eu beaucoup de succès. D'autre part, après avoir rendu le mariage trop facile, dans le but d'en favoriser la conclusion, l'Église, n'étant arrivée qu'à en faire un véritable concubinat, fut obligée, à partir du Concile de Trente, de changer complètement de tactique et d'en faire un acte solennel. Cette réglementation parut du reste insuffisante à l'autorité civile qui se montra plus sévère en exigeant le consentement des parents. Désormais, de par l'acte qui en ouvre l'entrée, le mariage est séparé du concubinat par un abîme : il semble bien que ce fut considéré par les contemporains non seulement comme un réel progrès, mais comme une mesure urgente, indispensable. Lorsqu'on vient nous proposer, aujourd'hui, de rendre les unions plus faciles, de faire du mariage une sorte d'union libre, ne risque-t-on pas sous prétexte de progrès de revenir en arrière et de ressusciter un état de choses dont, dans le passé, une longue expérience a surabondamment montré les inconvénients.

III. — *Le Concubinage moderne.*

La Révolution ne pouvait continuer à considérer le concubinat comme un délit : c'eût été une atteinte au principe de liberté.

En accordant, par la loi de brumaire an II, aux enfants naturels dans la succession de leurs parents les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, elle faisait disparaître, en vertu du principe d'égalité, la différence essentielle entre la famille naturelle et la famille légitime.

Sa doctrine du mariage qui en faisait un simple contrat avait pour conséquence dernière la destruction de l'autorité paternelle et maritale et l'instabilité des unions. « Vous considérez, dit Aubert Dubayet en réclamant l'établissement du divorce, le mariage comme un contrat civil, mais vous n'avez point encore parlé de la manière dont ce contrat pourra être rompu... Il est temps de le reconnaître, ce contrat qui lie les époux est commun ; ils doivent incontestablement jouir des mêmes droits, et la femme ne doit pas être l'esclave de l'homme. (1) »

La première conséquence de ces principes fut l'établissement du divorce par consentement mutuel (2).

Les résultats ne furent pas heureux sous le Directoire ; en même temps que se développaient les spéculations financières et le luxe, on vit l'union libre, le divorce et l'adultère prendre parallèlement une grande extension.

1. *Archives parlementaires*, 30 août 1792.

2. La loi du 20 septembre 1792 dit même : « L'un des époux peut faire prononcer le divorce par la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. »

Des scandales sans nombre se produisirent. Nous n'en citerons qu'un exemple : « Une femme se marie avec l'assurance de recueillir les biens d'une grand'tante ; arrive la loi du 18 nivôse qui la prive de cet espoir ; les deux époux conviennent alors de divorcer. Le mari épouse ensuite la grand'tante, âgée de quatre-vingt-deux ans, qui lui donne tous ses biens par contrat de mariage. La vieille tante meurt bientôt, et le veuf se remarie avec sa première femme (1). »

Le 20 juillet 1795 le député Mailhe déclarait déjà : « La loi de divorce est plutôt un tarif d'agiotage qu'une loi. Le mariage n'est plus qu'une affaire de spéculation ; on prend une femme comme une marchandise, en calculant le profit dont elle peut être et on s'en défait aussitôt qu'elle n'est plus d'aucun avantage (2). »

Et Regnault de l'Orne s'écriait, l'année suivante : « Qu'y-a-t-il de plus immoral que de permettre à l'homme de changer de femme comme d'habit et à la femme de changer de mari comme de chapeau ? N'est-ce pas en faire le jouet du caprice et de la légèreté, et le changer en concubinages successifs ? (3). »

1. Discours de Raynaud au Conseil des Cinq-Cents, 24 brumaire an V.

2. Séance du 20 prairial 1796. *Moniteur*, p. 726.

3. Voir Glasson, *le Mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes*, et Olivier Martin, *les Liens du mariage dans la législation intermédiaire*. Thèse de Paris, 1901.

Quelques jours plus tard, Philippe Delleville demandait qu'on fit cesser « ce marché de chair humaine ».

Vingt-sept mille demandes en séparation avaient été converties en divorce. Dans les trois premiers mois de 1793 il y avait eu 562 divorces contre 1.785 mariages, soit un divorce pour trois mariages.

Une réaction très nette se dessine dès le Consulat. Le Code civil, dans un sentiment de pudeur sociale, et aussi par réaction contre la législation romaine trop prônée par la Révolution, veut ignorer totalement l'existence du concubinat. On admet alors que le mariage est le seul fondement possible de l'union des sexes : vivre en concubinat est considéré comme une honte.

La Restauration renchérit encore sur l'Empire. Les arrêts de cette époque s'expriment en termes extrêmement durs à l'égard de ceux qui se refusent à se soumettre aux règles établies par le Code civil. C'était le temps où l'avocat général Talon, dans ses conclusions dans l'affaire du sieur Perraut et de la demoiselle de Grandmaison, traitait le concubinat de « honteux commerce » et parlait de « punition d'un crime » ou encore des « faits de débauche de la demoiselle de Grandmaison ». Demolombe emploie l'expression d'« affection honteuse et déréglée », comme s'il s'agissait de bacchanales. Déjà, dans les travaux préparatoires du Code, on trouvait les mots d'« habitude criminelle » en parlant du concubinat.

Tout occupé à donner à la famille légitime des bases juridiques solides, le Code négligea également et même, par réaction contre les mesures révolutionnaires, sacrifia les enfants naturels.

Les mœurs suivent, du reste, un mouvement parallèle : le divorce est rare et mal vu par l'opinion publique. Une atmosphère morale de respectabilité fait que ceux même qui mènent une vie irrégulière essayent au moins qu'on l'ignore.

Le Romantisme, en divinisant la passion, rendit l'opinion publique très indulgente pour tous les égarements du cœur ; il prêche la légitimité et la liberté de l'amour.

La philosophie déterministe, qui a eu jusque dans les masses une influence plus profonde qu'on ne le croit communément en faisant de tous les désordres du cœur et des sens des conséquences nécessaires du tempérament de chacun et des conditions où il se trouve, a contribué ensuite à rendre l'opinion publique très indulgente pour l'union libre.

Les études historiques, en établissant qu'à peu près tous les modes possibles de rapport entre les sexes, ont été essayés successivement dans l'humanité sans qu'il en soit résulté de calamités, ont créé, en ce qui concerne les mœurs, un état d'esprit nouveau, un scepticisme indulgent qui veut tout comprendre, tout excuser, tout admettre.

Enfin, le principe de liberté formulé par la Révo-

lution a donné naissance à un individualisme jaloux : chacun veut vivre sa vie, et l'on se reconnaît de moins en moins le droit de se mêler des affaires d'autrui ou même de le blâmer, tant qu'il ne fait pas directement et formellement de tort au prochain.

Toutes ces causes se combinant avec le développement de l'industrie et du bien-être ont contribué à notre époque à relâcher les liens du mariage, à multiplier les divorces ainsi que les unions libres et à faire obtenir aux enfants naturels une situation meilleure.

La récente loi sur la recherche de la paternité qui reste en dehors du cadre de cette étude peut même être considérée comme une première tentative, bien prudente, bien timide, il est vrai, pour donner un commencement d'existence légale à la famille naturelle.

En résumé, l'histoire nous montre qu'essayées successivement, aucune des trois solutions juridiques du problème du concubinat que nous indiquions au début n'a donné des résultats bien satisfaisants.

Les Romains, en reconnaissant un concubinat légal, ne sont arrivés ni à en élever le niveau moral, ni, semble-t-il, à le réglementer d'une façon précise, efficace et utile ; peut-être, en lui accordant une sorte de légitimité, n'ont-ils réussi qu'à favoriser son développement.

Le moyen âge chrétien ne paraît pas avoir été plus

heureux dans ses tentatives de répression. En voulant faciliter le mariage, il n'était arrivé qu'à le doter de tous les inconvénients du concubinat.

L'abstention à laquelle s'est rangé le Code civil, n'a pas donné de meilleurs résultats : les points les plus urgents ont été laissés sans solution et l'on n'a pas tardé à s'apercevoir à mesure que se multipliaient les unions libres que l'État, en voulant ignorer un fait de cette importance, porte bien moins préjudice aux intéressés eux-mêmes qu'à leurs enfants ou aux tiers.

Enfin, il y a lieu de noter que le luxe, le bien-être, le relâchement du lien conjugal, l'adultère, l'union libre et l'indulgence pour les bâtards sont des faits connexes. L'histoire nous montre les périodes de sévérité alternant avec celles de licence sans que la loi ait jamais paru bien efficace pour empêcher le relâchement des mœurs.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE ACTUELLE

Il résulte de ce que nous avons dit qu'il règne une grande incertitude dans les principes moraux à notre époque en ce qui concerne les rapports des sexes. Les uns, de plus en plus nombreux, considèrent l'union libre comme légitime ou même comme supérieure au mariage. Les autres, qui forment malgré tout la majorité, surtout si on tient compte de l'opinion des femmes, continuent à la considérer comme moralement coupable et socialement funeste. Nous allons retrouver une double tendance analogue dans la jurisprudence. En l'absence de toute indication du Code, certains arrêts, s'inspirant des anciennes traditions juridiques, tiennent systématiquement en suspicion les concubins et surtout la concubine, et les considèrent comme devant être traités défavorablement par la loi, de par l'immoralité de la situation où ils se sont mis. D'autres arrêts, au contraire, considérant que le domaine moral n'est pas celui

de la loi, et qu'au reste celle-ci, ayant voulu ignorer le concubinage, a indiqué par là qu'elle ne lui était ni favorable ni défavorable, ont réglé les affaires où se trouvaient engagés les concubins en faisant abstraction des liens qui les unissaient et se sont efforcés même de tirer le meilleur parti du concubinage en lui faisant produire des effets analogues à ceux du mariage.

Dans l'état actuel de la législation, l'union libre ne crée aucun lien juridique : devant la loi, les parties sont entièrement étrangères l'une à l'autre, elles pourraient rester unies aussi longtemps que possible sans qu'aucun lien juridique en résulte. Voici ce que dit M. Planiol dans son *Traité élémentaire de droit civil* : « C'est par ses formes et par son caractère obligatoire que le mariage se distingue aujourd'hui du concubinage. Celui-ci est un pur fait, ce n'est pas un contrat : il n'a pas de forme déterminée, il ne produit point d'effets juridiques Il reste entièrement en dehors du droit. Tout ce qu'on peut en dire, c'est qu'il est licite, à moins qu'il ne constitue un adultère ou un enlèvement de mineure ; l'inceste n'est pas puni.

» Devant la conscience, les concubins ont les mêmes devoirs que les époux : toute union d'un homme et d'une femme engendre les mêmes obligations, parce qu'elle peut donner naissance à un enfant et fonder en fait une famille. La différence est que les époux

reconnaissent ces obligations et s'engagent à les remplir, tandis que les concubins ne s'y astreignent pas et se réservent la possibilité de s'y soustraire. Ce qui fait que le concubinage est immoral, ce n'est pas une simple omission, l'absence des formes initiales, c'est que, grâce à cette irrégularité, les concubins conservent leur liberté entière et enlèvent au pouvoir social tout moyen de contrainte. Or, la société a un intérêt suprême à la durée des unions qui créent les familles. » (1)

Les inconvénients de la situation que crée la législation de 1804 ont à peine besoin d'être démontrés. Bornons-nous à signaler brièvement les principaux, en commençant par les plus scandaleux.

On fait subir aux tiers les conséquences d'un état dont ils ne sont pas responsables et que même très souvent ils ignoraient.

C'est ce qui arrive dans le cas de mandat tacite entre concubins.

Une femme cohabite avec un homme. Même s'ils ne se font pas passer pour mariés, tout le monde les croit mariés. La femme fait des dettes chez les fournisseurs qui lui accordent crédit de bonne foi. Le concubin refuse de les payer et les tribunaux lui donnent raison. Pourquoi ne serait-il pas respon-

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 697, p. 246.

sable de sa concubine alors qu'il est responsable de sa servante qui est considérée, elle, comme ayant mandat tacite de son maître ?

On objecte que reconnaître à la maîtresse une participation au crédit dont peut jouir son amant, c'est lui accorder un des privilèges de la femme mariée, mais il est encore bien plus vrai de dire que cette jurisprudence crée un privilège en faveur du concubin, qui peut faire des dettes sous le couvert de sa compagne avec l'intention de ne pas les payer. Enfin n'est-il pas évident que c'est au point de vue des tiers lésés qu'il convient avant tout de se placer : il y a là une raison d'ordre public qui prime tout.

Le cas inverse peut se présenter :

J'ai emprunté de l'argent ou acheté des marchandises à quelqu'un : je rencontre par hasard celle que je considère comme sa femme et je lui remets contre quittance la somme que je lui dois. Mon créancier déclare qu'il n'a rien reçu et je suis obligé de payer deux fois, avec cette mince consolation d'avoir toutes facilités pour poursuivre la femme. N'y a-t-il pas là un moyen bien simple d'extorquer de l'argent et est-il admissible que la loi le laisse à la disposition des aigrefins.

Toutes les fois que la cohabitation est notoire n'y aurait-il pas lieu pour le moins, d'assimiler la concubine à la servante en matière de mandat tacite.

*
* *

De même que les tiers n'ont pas à en subir les conséquences, de même l'enfant ne peut pas être rendu responsable de l'état de concubinage où vivent ses auteurs. Le Code interdisait la recherche de la paternité. C'était, sans doute, pour éviter le retour des chantages et des scandales qui s'étaient produits sous l'ancien régime où la seule déclaration faite par la fille-mère suffisait à établir la filiation masculine du bâtard. Mais, c'était aussi pour ne pas reconnaître l'union libre.

Ici encore l'abstention du Code constituait, pour le père, un véritable privilège. En voulant ignorer son inconduite, le législateur a fait exactement comme si, par un article spécial, il l'avait dispensé formellement de toutes les responsabilités qu'il impose à l'homme marié vis-à-vis des enfants qu'il met au monde.

S'il est pourtant un devoir qu'impose la nature, c'est celui pour l'homme de subvenir aux besoins de sa famille. Les animaux eux-mêmes lui en donnent l'exemple : le mâle n'abandonne pas sa femelle et ses petits tant qu'ils ne sont pas en état de se suffire.

Est-il admissible que la loi se dispense de prendre en main l'intérêt de l'enfant qui, en l'espèce, est aussi l'intérêt de la société. Peut-elle tenir l'amant pour

quitte de toute responsabilité alors qu'elle punit l'avortement ou l'infanticide chez la fille abandonnée. Et n'est-ce pas lui qui est encore le vrai coupable quand celle qu'il a délaissée attende à ses jours.

Une loi récente vient de mettre fin à ce scandale en rétablissant la recherche de la paternité. Son examen sortirait des bornes de cette étude.

Bornons-nous à constater qu'elle est une première brèche faite au système abstentionniste du Code et un premier pas, bien timide du reste, vers l'organisation de la famille naturelle. Du moment qu'il permet à l'enfant de rechercher son père naturel, le législateur n'ignore plus le concubin. Et puisqu'il lui impose cette première et fondamentale responsabilité, on ne voit pas pourquoi il hésiterait désormais à déterminer toutes celles qui lui incombent.

*
* * *

Après les tiers, après l'enfant, c'est la femme qui est le plus souvent la victime du système adopté par le Code civil ; victime volontaire sans doute, mais est-ce une raison suffisante pour la laisser absolument sans défense.

Quand un commerçant vient à mourir après avoir fait fortune avec le concours de sa maîtresse, est-il juste que celle-ci ne retire aucun bénéfice d'années de travail et de dévouement, et ne puisse bien souvent,

faute de preuves écrites, retirer ce qu'elle s'est trouvée elle-même apporter dans l'association ? Quelles raisons y a-t-il de s'opposer à une répartition plus équitable, surtout quand le défunt n'a plus d'héritiers directs ?

L'inverse peut du reste se produire. Il n'est pas rare qu'un commerçant failli prenne une nouvelle affaire sous le nom de sa maîtresse : s'il meurt tout appartient à celle-ci au détriment des enfants légitimes ou des héritiers du concubin.

L'abstention de la loi fait donc du concubinage une loterie immorale où la femme a presque toujours trop à perdre et parfois trop à gagner.

*
* * *

Il est enfin deux questions qui touchent à la fois aux intérêts de la concubine et des héritiers respectifs des deux concubins. C'est celles des obligations entre concubins et des dispositions entre vifs et testamentaires qu'ils peuvent prendre l'un en faveur de l'autre.

Pour se conformer aux intentions du législateur de 1804, il faudrait les traiter comme des libéralités et conventions entre gens quelconques. Or, étant donnés tous les calculs et toutes les intrigues auxquels peut donner lieu le genre d'influence tout particulier

qu'exercent l'un sur l'autre amant et maîtresse, cela est impossible et dangereux.

Il est vrai qu'en ouvrant la porte aux discussions de ce genre, on l'ouvre du même coup à bien des scandales, mais qui souffrira de ces éclats : les héritiers du concubin ou de la concubine. C'est donc à eux à décider s'il est de leur intérêt de s'abstenir, pour éviter la déconsidération qui pourrait rejaillir sur leur nom, ou de réclamer malgré tout le bruit qui pourra en résulter.

Nous n'ignorons pas qu'une réglementation trop étroite ne serait pas sans danger en une matière où les présomptions morales sont toujours d'un grand poids, où des cas en apparence identiques correspondent à des situations en réalité différentes, et qu'une grande part doit être laissée à l'appréciation du juge.

Il serait pourtant utile que la loi énonçât quelques principes directeurs pour empêcher les trop grandes différences d'appréciation qu'on constate jusqu'ici, comme nous le verrons, dans la jurisprudence.

*
* * *

Mais la situation créée par le Code n'est pas seulement inique, elle est juridiquement intenable ; toutes les fois qu'il existe des rapports entre les personnes,

il peut y avoir litige ou délit et le juge peut être appelé à intervenir. Que fera le juge ?

La loi ignore le concubinat parce qu'elle n'a par voulu en faire un *état de droit*, mais dans de nombreux litiges c'est un élément important d'appréciation dont on ne peut faire abstraction sans fausser absolument les problèmes à résoudre. Le magistrat va-t-il donc l'ignorer comme *état de fait* sous prétexte que la loi ne lui reconnaît pas d'existence légale, et même aux dépens des intérêts des tiers ?

Peut-il faire abstraction du lien tout particulièrement intime qui existe en fait entre les deux concubins, de l'influence particulièrement forte que les rapports qu'ils ont ensemble leur assurent l'un sur l'autre. Ce ne serait pas seulement, ce que nous accepterions facilement, faire abstraction de considérations morales ; ce serait écarter systématiquement des circonstances de faits d'une importance presque toujours prépondérante et fausser ainsi la justice. Aussi allons-nous montrer, depuis le Code civil, la magistrature obligée, et de plus en plus, à établir, contrairement aux prévisions et aux intentions de la loi, une jurisprudence spéciale en ce qui concerne le concubinat et les concubins. Elle établira, par exemple, des principes pour juger des donations entre concubins qui n'ont pas d'application entre personnes n'ayant pas entretenu entre elles de relations intimes. Elle ressuscitera, malgré les termes for-

mels des travaux préparatoires du Code civil, les meilleures dispositions de l'ancien droit. Ainsi, par la force des choses, se construit, pierre après pierre, et avec beaucoup de tâtonnement, une théorie et une doctrine de l'union libre, souvent opposée, parfois parallèle à celle du mariage. Tantôt hostile au concubinat et aux concubins, tantôt se croyant tenue par souci de l'impartialité à la plus complète indifférence vis-à-vis de cet état, la jurisprudence a en somme évolué nettement depuis un siècle dans le sens de la tolérance, de la largeur et aussi de la précision. Il s'élabore actuellement un Code de l'union libre, mais dont certains points n'ont pas encore reçu de solution définitive, ou plutôt en ont reçu de contradictoires, parce que l'opinion publique, dont celle des magistrats est la traduction juridique, hésite encore sur la solution à leur donner.

C'est ce que nous voudrions montrer en étudiant d'abord les rapports entre concubins qui peuvent se ramener à des obligations, soit délictuelles, soit contractuelles, et à des libéralités par voie de donation, de reconnaissance de dette ou de testament, puis le sort des biens des concubins qui ont vécu en communauté de fait, et enfin leurs obligations envers les tiers.

I. — *Obligations.*

La loi fait du mariage un contrat civil dont les conditions et les effets sont strictement réglementés par elle, un contrat solennel qui exige des formalités indispensables à son existence.

En dehors de cette institution que le législateur met à la disposition des intéressés, aucun contrat ne peut être conclu entre un homme et une femme en vue d'unir leurs existences. Toute convention à cet égard serait nulle comme ayant une cause et un objet illicites : l'obligation de la part d'un homme ou d'une femme de vivre en concubinat serait contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public et attentatoire à la liberté humaine.

En ignorant le concubinat la loi le considère comme un pur fait et une obligation contractuelle ne saurait en dériver.

Mais si le concubinat, considéré en lui-même n'engendre aucune obligation, chacun des faits qui le constituent produit des effets juridiques dont on ne saurait faire abstraction.

Supposons qu'un mari ne remplisse pas les obligations que lui impose le mariage contracté : la femme a une action pour le contraindre. La concubine qui subit un tort similaire n'aura pas ce moyen quoique

la situation et l'injustice soient souvent les mêmes.

Mais le contrat n'est pas la source unique des obligations. Un fait manifeste, important, constant, qui domine l'évolution générale du droit, est la tendance souvent remarquée, à donner premièrement une action fondée sur une idée de peine et de réparation du dommage causé. La sanction contractuelle n'est généralement pas la sanction primordiale, et il faut pour arriver à elle que la théorie juridique ait longuement évolué. C'est ainsi qu'en droit romain presque toutes les actions contractuelles commencèrent par être pénales ; la première forme de la justice, celle du pari judiciaire en témoigne suffisamment.

Nous ne sommes qu'au début du développement de l'union libre. Il ne faut pas s'étonner que les tribunaux aient commencé par accorder une action fondée sur un délit civil. Mais il est nécessaire pour qu'il y ait délit civil que certaines conditions soient réunies, notamment que le préjudice causé ait été occasionné par la faute de celui contre lequel on agit.

Il est aujourd'hui admis, que la femme qui a été séduite, peut réclamer à son séducteur des dommages-intérêts, toutes les fois que ce dernier a employé des manœuvres dolosives, telle une promesse de mariage, ou abusé de l'ascendant que lui donnait son âge ou sa position (1).

1. Pand. franç., *Rep. Obligations*, n° 60 et suiv. Voy. *Responsabilité civile*, n° 67 et suiv. et *Responsabilité*, n° 203 et suiv.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 avril 1901 rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 avril 1900, et faisant une application de ce principe, peut être considéré comme un exemple typique de cette jurisprudence.

La Cour de Bordeaux avait rendu, le 2 avril 1900, l'arrêt suivant :

Attendu qu'il est de doctrine de jurisprudence que la séduction ne peut servir de base à une action en dommages-intérêts que lorsque le séducteur a employé des moyens illicites, tels que manœuvres fallacieuses, abus d'autorité, promesse de mariage. Attendu qu'il n'est pas justifié dans la cause ni de manœuvres déloyales, ni d'abus d'autorité, et qu'il n'est à cet égard formulé aucune offre de preuves; qu'il est manifeste qu'en cédant aux sollicitations du fils de ses maîtres, Françoise L. a agi en toute liberté, sans que celui-ci, mineur comme elle, et appartenant à un milieu social qui n'est pas différent du sien, ait eu recours à aucune influence dolosive. Attendu, en ce qui touche les prétendues promesses de mariage, qu'elles ne ressortent nullement de la correspondance; que si, dans une lettre du 27 janvier 1899, Louis B. demande à Françoise L. de ne pas en épouser un autre, il ne lui indique point qu'elle peut compter sur lui pour l'union légitime et se borne à lui laisser entrevoir qu'il ne la laissera pas sans secours; qu'on ne saurait non plus considérer comme décisive l'allusion qu'il fait dans la lettre du 15 août 1897 à leur différence de fortune; qu'il convient d'ailleurs de remarquer que toutes celles qui les ont précédés ou suivis sont

postérieures aux rapports intimes ayant existés entre Françoise L. et Louis B. et ne sauraient en conséquence en avoir été la cause déterminante. Attendu, en définitif, que la cause imputée à Louis B. ne présente aucun caractère délictueux ou quasi-délictueux et constitue un de ces entraînements réciproques qui, tout en engageant la conscience et en créant d'incontestables obligations morales pour les suites qu'ils peuvent avoir, échappent en l'état de nos lois à toute responsabilité civile, que dès lors, la demande ne saurait être accueillie.

Pour ces motifs, réforme le jugement du tribunal civil de Bazas, du 27 novembre 1889 (1).

La Cour de cassation confirme l'arrêt :

Pourvoi en cassation par le sieur L. pour violation des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, en ce que l'arrêt attaqué se refuse de reconnaître que le fils mineur du sieur B. avait commis une faute qu'il était légalement obligé de réparer, et écarter sans aucun motif la responsabilité civile du père fondée sur un défaut de surveillance et sur la mauvaise éducation donnée à son fils.

Arrêt de la Cour sur le moyen unique du pourvoi tiré de la violation des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil :

Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré qu'il n'est pas justifié dans la cause de manœuvres déloyales ni d'abus d'autorité de la part du fils du défendeur éventuel, et qu'il n'est à cet égard aucune preuve ; qu'il est manifeste qu'en cédant aux sollicitations du fils de son maître, la fille du demandeur a agi en toute liberté, sans que son séducteur, mineur comme elle et appartenant à un

1. Rec. Bordeaux, 1.280.

milieu social qui n'est pas différent du sien, ait eu recours à aucune influence dolosive. Attendu qu'en décidant que dans ces circonstances, la séduction qui lui était imputée ne présentait aucun caractère délictueux, et en écartant par suite la responsabilité civile du défendeur éventuel, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des textes invoqués :

Pour ces motifs rejette(1).

Dans cet arrêt le fait même de la séduction ne tient pas la première place. La faute seule, qui découle de manœuvres dolosives, fausse promesse de mariage ou abus d'autorité, entraîne la responsabilité du séducteur.

Mais on a souvent soutenu, au cours des dernières années, que réparation était due à la femme non seulement s'il y a séduction au moyen de promesses de mariage ou de manœuvres dolosives, mais du fait même qu'un préjudice lui est causé. Quelques décisions de la justice ont accueilli cette opinion.

Le tribunal de Gray a jugé, le 5 juin 1902, que l'absence de séduction, rendant la faute commune, divisait et atténuait la responsabilité mais ne la supprimait pas et qu'il y avait lieu d'accorder à la femme une réparation partielle.

Attendu qu'il est inadmissible en fait que la veuve V., âgée de vingt-huit ans, mère déjà de deux enfants, ait succombé à une séduction irraisonnée, irrésistible...

1. Ch. req. 23 avril 1901, D. P. 1901, I, 360.

Attendu toutefois que l'homme s'est reconnu le père de l'enfant dont il se déclare l'auteur, que si cette conception émane de lui, ce qui ne paraît pas douteux, il a été la cause de l'accouchement à la suite duquel la veuve B. a subi une incapacité de travail fixée à vingt jours, dont aux termes de l'article 1382 du Code civil il doit réparation. Que L. n'arguant pas qu'il eût été séduit par sa concubine, le tribunal doit admettre que l'acte de la conception n'a été que le résultat d'un consentement volontaire et réciproque ; que la responsabilité du défendeur découlant d'une faute commune doit être atténuée en ce qui le touche ; qu'en évaluant la part du préjudice subi parla veuve V. à la somme de 100 francs à la charge de L. il sera fait droit... » (1)

Cet arrêt marque un pas en avant. Le tribunal reconnaît la responsabilité du concubin en dehors de toute séduction ; elle peut manquer, l'homme ne doit pas moins réparation du dommage causé. Il est vrai que cette responsabilité est partagée puisque la faute est commune aux deux concubins, mais ce qui importe, c'est que l'homme ait sa part aux charges qu'il a occasionnées à la femme.

Cette solution nous paraît toute logique. Comme le dit M. Charmont dans l'examen doctrinal qu'il fait de cet arrêt : « Toute atteinte au droit d'autrui est une faute ; or, c'est porter atteinte au droit de la femme que de la laisser supporter seule les conséquences d'un acte dont elle est en partie responsable (2) ».

1. *Revue critique*, 1903, p. 12.

2. *Id.*, *ibid.*

Le tribunal de Château-Thierry, alors qu'il était présidé par M. Magnaud, a adopté la même solution (1).

Quoiqu'il s'agisse dans l'espèce de séduction au moyen de manœuvres déloyales et qu'il eut été plus simple de suivre la jurisprudence de la Cour de cassation, M. Magnaud profite de l'occasion pour émettre des considérations générales et philosophiques.

Attendu au surplus que l'homme qui noue des relations intimes suivies avec une femme est en faute aussi bien et même plus que celle-ci, en raison de son ascendant moral, de n'avoir pas prévu les conséquences possibles ; que lorsqu'un enfant naît de ces relations et que l'homme s'est, comme dans l'espèce, reconnu le père, il serait souverainement injuste de laisser supporter la charge entière à la femme seule qui a déjà toutes les douleurs et les risques de la maternité ; que ce n'est pas seulement un enfant qui est né de leurs relations, mais une obligation naturelle de l'élever et de pourvoir à ses besoins et à son éducation, obligation qui doit trouver sa sanction dans la loi.

Que la part de la faute de l'homme est au moins égale à celle de la femme dans l'entretien de leurs relations et que la naissance de l'enfant est tout autant le fait de l'un que de l'autre.

Qu'en faisant concevoir cet enfant à la femme, il lui a créé une charge, c'est-à-dire un préjudice ; que ce préjudice est d'autant plus grave pour la femme qu'elle

1. Château-Thierry, 23 nov. 1898. *Gaz. des Trib.*, 2.77.

se trouve dans une situation particulièrement difficile pour s'établir ensuite par mariage.

Que l'homme qui cause par sa faute à autrui un préjudice en doit réparation dans la proportion de la part pour laquelle il y a contribué, et ce, en vertu de l'article 1382 du Code civil.

Jusqu'ici tout va bien.

Que déjà le principe est consacré par la jurisprudence lorsqu'il y a, de la part de l'homme, promesse faite, contrainte morale, afin d'obtenir de la femme un abandon complet ; qu'on doit l'admettre aussi bien dans le cas d'entraînement réciproque en alliant jusqu'au bout le droit à l'équité dont les conflits trop fréquents étonnent et attristent la conscience ;

Attendu enfin que cette protection de la loi accordée aux femmes abandonnées dans les circonstances si fréquentes où l'a été Eulalie M... peut avoir pour encourageant résultat d'arrêter, dans une certaine mesure, le développement d'une des branches de la criminalité et, peut-être aussi, d'atténuer certaines causes de la dépopulation ;

Que le souci du juge dans son interprétation de la loi ne doit pas être seulement limité au cas spécial qui lui est soumis mais s'étendre encore aux conséquences bonnes et mauvaises que peut produire sa sentence dans un intérêt plus général.

Que dans ces conditions qu'il s'agisse de promesse de mariage, de contraintes morales ou d'entraînements réciproques, la demande d'Eulalie M... doit être accueillie...

Certes nous croyons aussi qu'il est dû réparation à la femme, qu'il s'agisse de promesse de mariage, de contraintes morales ou d'entraînements réciproques ; mais nous ne croyons pas que le pouvoir judiciaire puisse s'arroger le droit de moraliser ou de diriger le peuple. Ce n'est pas l'affaire du juge, dans l'interprétation de la loi, de dépasser le cas spécial qui lui est soumis ni de s'étendre aux conséquences bonnes ou mauvaises que peut produire sa sentence dans un intérêt général.

Certes nous approuvons cette jurisprudence, mais nous croyons que les considérants de cet arrêt trouveraient mieux leur place dans un roman, dans une revue, dans un article de journal, voir même dans une thèse.

M. Magnaud profite d'une espèce pour exposer des théories générales qu'il croit nouvelles, au lieu de suivre la jurisprudence courante pour en arriver au même résultat : il aime à choquer. M. le président Magnaud pèche par orgueil.

Le tribunal de la Seine a plus discrètement motivé son jugement quoique les mêmes considérations inspirent les deux sentences (1) :

Attendu qu'il appert de la correspondance versée aux débats que V. a pris des engagements certains

1. Trib. civ. Seine 6^e ch. 27 décembre 1904. Pand. françaises 1907. 2. 177.

envers la demoiselle F. pendant sa grossesse... Attendu qu'après toutes ses déclarations, après s'être inquiété de la location d'un appartement pour la vie commune. V. s'étant éloigné de Paris, ne revint plus et cessa d'écrire ; Attendu que dans cette liaison la demanderesse n'avait obéi qu'aux entraînements de son cœur et non à des mobiles intéressés ; qu'en effet, ses parents sont dans l'aisance, tandis que V. est sans fortune ; que c'est bien la faute de ce dernier ainsi qu'il le reconnaît, si elle a été repoussée par sa famille, et obligée de quitter sa ville natale, pour venir faire ses couches à Paris où elle vit misérablement d'un travail peu rémunéré ; Attendu que vainement V. objecte que sa maîtresse est plus âgée que lui, que rien ne prouve qu'il ait été circonvenu ; que la correspondance montre qu'il a agi dans sa pleine liberté.

Pour ces motifs le déboute de son opposition et le condamne aux dépens.

Cet arrêt consacre l'entière responsabilité du concubin envers la concubine, du fait même qu'il l'a abandonnée, sans faire intervenir aucune idée de séduction : il serait même difficile d'y voir une faute de ce genre.

Cette jurisprudence nous paraît équitable ; pour la simple rupture d'un projet de mariage, sans qu'il y ait eu de relations illicites, les tribunaux accordent des dommages-intérêts. Celui qui sans motif sérieux rompt un projet de mariage, alors que l'autre partie a déjà fait des dépenses, lui fait subir par sa légèreté

un dommage dont il lui doit réparation. C'est sur ces faits que se fonde un arrêt de cassation du 30 mai 1838 (1). Elle serait également justifiée alors même qu'il n'y aurait eu aucune promesse formelle (2). *A fortiori* est-il légitime que l'on dédommage une jeune fille qui s'est laissée entraîner dans des relations coupables et dangereuses pour son honneur et sa réputation.

Jusqu'ici on considérait l'article 1382 d'après son texte comme n'étant applicable qu'autant que la personne qui voulait s'en prévaloir pouvait reprocher une faute à son adversaire. Dans l'espèce ci-dessus, le jugement, sans rien alléguer à la charge du défendeur, se borne à constater que la demanderesse a seulement obéi aux entraînements de son cœur. Il est vrai que cette jurisprudence, quelque peu audacieuse, ne trouve pas dans notre législation un point d'appui bien solide. Aussi le tribunal après avoir posé le principe des dommages-intérêts dus à la femme rendue mère quand elle n'a pas obéi à des mobiles intéressés prend soin de faire intervenir un autre moyen, subsidiaire, mais plus sûr pour condamner ou servir de base à la condamnation du défendeur : c'est par la faute de son amant que la femme a été obligée de quitter sa ville natale

1. S. 38. I. 492.

2. Rennes, 18 juillet 1906. D., 1907. 2 70 et la note.

et sa famille pour venir faire ses couches à Paris où elle vit misérablement.

En général il n'existe pas au principe de ces responsabilités une faute, et ainsi s'explique-t-on que ces solutions soient restées isolées, car s'il y a une faute et une obligation morale il n'y a ni faute ni obligation au sens juridique du mot.

Mais on sait combien est large la théorie de l'obligation morale, combien facilement on accepte la novation de ces obligations morales en obligations civiles.

Supposons qu'une femme établisse que son amant a pris envers elle l'engagement de réparer la faute commise et de subvenir à ses besoins ou aux besoins de l'enfant, quelle est la force d'un semblable engagement, à quel titre peut-il être validé ?

Dans le cas où l'homme a eu recours à des manœuvres déloyales pour obtenir les faveurs de la femme, les conditions requises par l'article 1382 se trouvent réunies, et, comme le fait fort bien remarquer M. Planiol, « le séducteur s'est rendu coupable d'un quasi-délit et, en prenant l'engagement de réparer les conséquences de sa faute, il ne fait que régler à l'amiable les dommages-intérêts légitimement dûs par lui ».

En général, la question est résolue par l'application des principes de la responsabilité civile quasi-délictuelle. Mais quand il n'y a ni séduction ni faute

on ne saurait être sûr de faire une juste application de l'article 1382 car on pourrait se demander si, la cause de la promesse étant plutôt un sentiment de libéralité, l'engagement pris ne pourrait être plus logiquement considéré comme une donation nulle pour vice de forme.

Mais les tribunaux, mus par un sentiment d'équité, valident aujourd'hui très généralement, comme ayant une cause licite, l'engagement pris par le concubin de réparer les torts causés, alors même qu'il n'y aurait eu aucune manœuvre dolosive et, à proprement parler, pas de séduction ni de faute de sa part.

La jurisprudence interprète cette promesse comme la reconnaissance civile d'une dette d'honneur, d'une véritable obligation naturelle que le concubin transforme ainsi en dette civile, ayant une cause licite et partant parfaitement valable. L'obligation morale sert de cause et justifie l'engagement devenu civilement obligatoire.

Voici un arrêt de la Cour de Rennes du 7 mars 1904 qui adopte cette manière de voir (1).

Considérant que de L..., médecin à D... s'est engagé, suivant acte sous-seing privé du 2 août 1900 envers la demoiselle Estelle P..., domiciliée alors aussi à D..., à lui servir une rente de 150 francs par mois, élevée quelques jours plus tard à 2.000 francs par an, à la condi-

1. Rennes, 7 mars 1904. D. 1905. 2. 305.

tion qu'elle quittât cette localité au plus tard le 20 août sans esprit de retour. Considérant qu'Estelle P... se conformant à l'obligation qui lui était ainsi imposée, s'éloigna de D... où elle avait été pendant 20 ans la concubine de l'intimé, tantôt vivant sous le même toit, tantôt occupant un domicile distinct, elle se retira à Brest où elle demeure actuellement ;

Considérant que la pension stipulée lui fut régulièrement payée jusqu'au 30 octobre 1902, mais que depuis de L... refusa d'exécuter la convention sous prétexte qu'elle constituait une libéralité nulle comme n'ayant pas été revêtue de forme authentique, comme reposant sur une cause illicite, et enfin comme entâchée de violences ;

Considérant que cet acte ne peut être envisagé ni au fond, ni en la forme, comme constituant une pure libéralité ; que, d'autre part, la volonté de donner, de conférer avant tout un bienfait, n'en ressort point comme motif prédominant, et que, d'autre part, les expressions : Je m'engage... Il est convenu que... ; de son côté la demoiselle P... s'engage à..., indique clairement qu'il s'agit d'une convention discutée et arrêtée entre les parties et contenant des obligations réciproques ; d'un côté, l'engagement de l'intimé de payer une certaine somme à l'appelante pour obtenir d'elle son éloignement de D... ; de l'autre part, l'obligation contractée par celle-ci de quitter cette résidence et de n'y point revenir sous peine de perdre le bénéfice de la convention ;

Considérant que l'engagement pris par de L... n'est d'ailleurs que la reconnaissance d'une dette naturelle qu'après avoir cohabité pendant vingt années avec

Estelle P..., qui lui avait consacré sa jeunesse, qui pouvait croire son existence définitivement liée à la sienne, il ne pouvait décevoir, la voyant arriver à un âge où il lui serait difficile de recommencer une nouvelle vie, la renvoyer brusquement sans lui assurer le pain de ses vieux jours.

Considérant que l'exécution volontaire pendant deux années de la convention du 2 août 1900 ne permet pas à l'intimé de se prévaloir aujourd'hui de ce qu'elle n'aurait pas été rédigée en double ou tout au moins de ce que l'exemplaire détenu par l'appelante n'en porte pas la mention (art. 1325 C. civ.).

Considérant qu'on ne saurait attribuer à la dite convention une cause illicite en ce sens qu'elle se rapporte à des relations irrégulières, qu'elle contiendrait en outre pour l'une des parties défense de se marier et qu'enfin elle porterait atteinte à la liberté individuelle en ce qui concerne le choix d'une résidence.

« Considérant que loin d'être immorale et de favoriser le concubinage elle a, tout au contraire, pour objet d'y mettre fin et de substituer à une situation irrégulière un état de choses plus conforme à la morale; que, d'autre part, la clause ainsi conçue : il est bien convenu que dans le cas où la demoiselle P... se marierait la rente serait supprimée, ne constitue point une condition même résolutoire pouvant être considérée comme illicite et entraînant comme telle la nullité de la convention, mais un terme éventuel fixé pour sa durée; qu'il est évident que les parties n'ont pas entendu faire du célibat à observer par la demoiselle P... la condition même du traité qui ne soutient à son égard aucune prohibition relative au mariage; que l'âge auquel ils sont l'un et

L'autre parvenus ne permettrait pas d'attribuer à celui-ci un sentiment égoïste et jaloux qui ne pourrait se concevoir que chez un homme jeune encore ; que l'on comprend à merveille que, dans l'hypothèse, assez invraisemblable d'ailleurs où la demoiselle P... venant à se marier, n'aurait plus besoin de ses secours pécuniaires, il est entendu, dans ce cas, de les lui supprimer ;

Considérant que la convention par laquelle une partie s'interdit une résidence déterminée en retour de certains avantages, n'est nullement contraire à la loi ; — considérant qu'il n'apparaît, ni dans les circonstances mêmes de la cause, ni dans les articulations mêmes de l'intimé, aucun indice de violence susceptible d'invalider la convention attaquée ; que ces articulations n'ont nulle portée juridique et que, fussent-elles vraies, elles seraient inopérantes ; qu'au surplus de L..., après avoir exécuté la convention pendant deux années en pleine connaissance de cause... est irrecevable à la critiquer de ce chef ;

Par ces motifs : infirme : condamne de L... à payer à Estelle P... la somme de 2.710 fr. 40 montant des arrérages échus depuis le 30 octobre 1902, y compris ceux échus depuis le jugement, et ceux par application de l'article 464 du Code de procédure civile.

La Cour accorde donc à la concubine une sorte de douaire, ou tout au moins une pension alimentaire « quand elle est arrivée à un âge où il lui serait difficile de recommencer une nouvelle vie » et pour « lui assurer le pain de ses vieux jours ».

Il est à remarquer que la Cour de Rennes parle

« d'obligations naturelles » et non plus simplement de « devoir moral ». Il est vrai que la jurisprudence paraît ne pas faire de distinction entre l'obligation naturelle et le simple devoir moral. D'ailleurs, cette distinction nous semble malaisée à établir (1).

Les tribunaux reconnaissent en essence qu'il y a obligation naturelle à réparer le tort causé de quelque façon que ce soit. M. Planiol se demande avec raison : « Pourrait-on maintenir ces obligations à l'état d'obligations naturelles et refuser toute action en indemnité alors qu'on reconnaît qu'il y a préjudice causé ? Est-ce que tout dommage ne fait pas naître une obligation civile ? S'il y a réellement dommage, il y a bel et bien obligation civile et non plus simplement obligation naturelle, et l'engagement souscrit n'est qu'une fixation conventionnelle de dommages-intérêts. N'entrevoit-on pas des horizons nouveaux ? Ne peut-on pas dire que le concubinage crée, tout au moins sous la forme d'obligations naturelle, des droits imitant ceux qui dérivent du mariage ? » (2)

Il faut seulement observer qu'une pareille promesse ne peut, en droit et rigoureusement parlant, être valablement prise par le séducteur que vis-à-vis de la femme séduite. Vis-à-vis des enfants elle se

1. Planiol, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° de mars 1913 : *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral*.

2. Voyez la note sous l'arrêt rapporté D., 1905. 2. 305.

trouverait sans cause puisqu'ils ne sont rien pour lui, et qu'en dehors d'une reconnaissance volontaire ou judiciaire de la paternité, il n'est pas prouvé qu'ils soient issu de ses œuvres. A leur égard la promesse est une pure libéralité nulle pour vice de forme.

Mais les tribunaux, sous l'influence de sentiments humanitaires déterminés par les nécessités sociales, valident l'engagement pris non seulement envers la femme mais encore envers les enfants ; lorsqu'il s'agit d'assurer la subsistance à un enfant, ils sont d'autant plus favorables. De même que pour la femme, ils considèrent l'engagement de subvenir aux besoins d'un mineur comme pris pour remplir un devoir de conscience ; il constitue une cause licite et s'il a été accepté par le tuteur du mineur, il devient civilement obligatoire. Un pareil engagement n'a point le caractère d'une libéralité et n'est point soumis aux formalités des donations.

Voici dans ce sens un arrêt du 7 août 1872 de la Cour d'Angers :

Attendu que S... a reconnu persévéramment une obligation naturelle à laquelle il se croyait tenu envers Marguerite X... ; que cette obligation de S... n'a pas été remplie et que le tuteur de Marguerite X... a actionné S... ; et qu'il s'agit d'examiner si, outre l'obligation naturelle qui n'engage que la conscience et ne crée pas un titre légal, S... n'a pas contracté une obligation civile et créé un titre légal ; Attendu que Marguerite X...

est régulièrement représentée par son tuteur ; Attendu qu'il ne s'agit pas au procès d'une recherche de paternité prohibée par la loi ; qu'il ne s'agit pas davantage d'une reconnaissance d'enfant naturel qui n'aurait pas été faite avec les formalités légales ; qu'il s'agit uniquement de savoir si S... a volontairement pris un engagement et quel engagement ; Attendu que S..., majeur, s'est engagé à assurer le sort de Marguerite X..., qu'il a promis que tant qu'elle vivrait elle ne manquerait de rien ; qu'en prévoyance de sa mort, il a prié sa mère de lui donner 100.000 francs... Attendu que de naturelle qu'elle était d'abord l'obligation est devenue civile en vertu de la libre volonté de S... et qu'il est tenu de s'exécuter... condamne... (1).

Cette manière de voir a été confirmée par la haute Cour par un arrêt du 15 janvier 1873 :

Attendu que pour condamner le demandeur au paiement de la somme de 30.000 francs, la Cour d'Angers s'est fondée sur l'engagement pris par lui de subvenir à tous les besoins de la mineure X... engagement dont elle a trouvé les preuves dans la correspondance des parties ; que la réattaquée déclare que S... n'a pas méconnu ses promesses, qu'il ne les avait dès lors pas rétractées, lorsque le tuteur P... par une action en justice en a réclamé pour sa pupille les bénéfices et ainsi complété le contrat ; que la réattaquée déclare avec raison qu'un pareil engagement n'a été, de la part de celui qui l'a souscrit, que l'accomplissement d'un devoir de conscience dérivant d'une obligation naturelle, converti par la volonté libre et spontanée de son auteur

1. D. 73. 1. 180.

en obligation civile ; que cette obligation avait dès lors une cause très licite en dehors de la paternité du demandeur sur laquelle la Cour n'a pas à se prononcer ; qu'une convention de cette nature ne présente pas les caractères d'une libéralité et n'est pas soumise aux formalités des donations entre vifs ; qu'en jugeant ainsi, la Cour d'Angers n'a donc contrevenu à aucun article invoqué par le demandeur, à aucune loi ; rejette le pourvoi de ce chef (1).

Plus tard, la Cour de cassation a renforcé cette manière de voir. L'engagement de subvenir aux besoins d'un enfant pris pour remplir un devoir de conscience ayant une cause licite et étant civilement obligatoire, la mère naturelle agissant comme tutrice peut obtenir l'accomplissement de l'obligation :

Attendu que Joseph P... s'étant engagé à subvenir aux besoins de cet enfant ne pouvait se soustraire aux conséquences d'une obligation librement consentie et dont l'exécution était demandée par la défenderesse éventuelle en sadite qualité ; que l'arrêt déclare en outre que cette obligation constitue une dette de conscience et repose ainsi sur une cause parfaitement licite. D'où il suit que la Cour de Nîmes n'a violé ni l'article 1108 ni aucun texte de loi... (2)

Enfin, d'après une dernière jurisprudence de la Cour de Chambéry du 1^{er} février 1909, la mère naturelle peut contraindre le père à con-

1. D. 73. 1. 180.

2. Cass. 3 avr. 1882. D. 82. 1. 250.

tribuer à l'entretien de l'enfant commun (1).

Ainsi nous trouvons-nous en face d'obligations naturelles devenues civilement obligatoires à la suite d'un engagement librement consenti et régulièrement accepté.

Si nous avons rapporté ici ces jurisprudences qui, sans être étrangères aux questions dont nous nous occupons, trouveraient peut-être mieux leur place dans une étude sur les droits des enfants naturels, c'est uniquement pour montrer quelle peut être la part de l'obligation morale, la force des tendances morales déterminées par les besoins de la vie courante.

Ce qui est à retenir c'est justement cette tendance marquée de la jurisprudence, dans la mesure où l'état actuel de la législation le lui permet, à faire naître du concubinage des conséquences de plus en plus rapprochées des situations juridiques que fait naître le mariage. Ainsi le tribunal de la Seine a jugé que le fait d'acquitter les frais funéraires nécessités par l'enterrement d'une femme avec laquelle il a vécu pendant quelque temps constituait pour l'homme une obligation naturelle qui, par suite, ne pouvait être répétée (2). Ce changement dans les idées est un signe des temps : les nécessités nouvelles le déterminent.

1. S. Pand. franç. pér. 1910. 2. 23. Voyez l'examen doctrinal fait par M. E.-H. Perreau, dans *la Rev. critique de législation et de jurisprudence* de février 1911.

2. Trib. civ. de la Seine, 7^e Ch., 13 nov. 1903. *Gaz. des Trib.*, t. I, 1904. 2. 294.

A côté de ce courant nous voyons bon nombre d'arrêts qui marquent la tendance très nette à annuler les obligations contractées entre concubins.

Nous sommes ainsi amené à aborder l'examen de la jurisprudence sur les obligations contractuelles dans le concubinage.

Il peut se faire que les concubins s'obligent l'un envers l'autre pour des causes diverses. Il n'y a aucun doute sur la validité des obligations quand la cause est vraie et licite, mais le plus souvent ils se font des libéralités en empruntant la forme du titre onéreux et ils ont souvent recours aux billets signés. C'est là un procédé très dangereux, car la jurisprudence les annule trop souvent. Pour ce elle se fonde sur les dispositions de l'article 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

Or, la cause d'après l'article 1133 est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Voyons d'abord ce qu'il faut entendre par cause et quelle est la portée exacte de cette notion (1).

Les travaux préparatoires du Code ne nous fournissent là-dessus aucun éclaircissement sérieux. Toutes les idées émises sur la cause y sont obscures et confuses (2).

1. Planiol, *Op. cit.*, t. II, p. 342 et suiv.

2. Voyez ce qu'en dit Bigot de Préameneu, Exposé de motifs.—

Nous sommes donc réduit à rechercher dans le passé les origines et le développement de la théorie de la cause.

Domat en est le père (1). Avant lui Beaumanoir et d'Argentrè l'ignoraient et les coutumiers plus anciens prennent souvent le mot dans un autre sens (2).

Dans la théorie de Domat nous trouvons trois idées principales :

1^o Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chacune des parties a pour cause l'obligation prise par l'autre ;

Locré, t. XII, p. 139, n^o 29 et Portalis, séance préparatoire, 20 nivôse an XII. — Locré, t. XIV, p. 77-78, n^o 1.

1. Dans ces trois sortes de conventions (les contrats synallagmatiques) il se fait un commerce dont rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les obligations mêmes où un seul paraît s'obliger, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre, de ce qu'il devait donner pour former cette convention. Ainsi l'obligation qui se forme de ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre. Dans les donations, l'engagement de celui qui donne a toujours son fondement dans quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien ; et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et qui ne donne rien (Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. I, n^{os} 5 et 6).

2. Les exemples que donne Beaumanoir des « malveses causes » prouvent qu'il entend par cause l'objet de la convention (Beaumanoir, chap. XXXIV, n^o 2).

La très ancienne contume de Bretagne fait de même et les exemples qu'elle donne sont le larcin, le meurtre, la fornication et autres « malfaçons », c'est-à-dire encore les objets illicites (chap. 320).

2° Dans les contrats non synallagmatiques, c'est la prestation faite qui forme l'obligation, et qui en est le fondement ou la cause.

3° Dans les contrats gratuits, la cause ne peut être cherchée que dans les motifs qui déterminent l'intention libérale dans l'intention déterminante qui pousse l'auteur de la donation à la consentir.

Depuis Domat la théorie de la cause n'a pas changé.

Pothier ne fait que reproduire ses idées (1).

Voici le résumé qu'il fait de la théorie de Domat : « Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement de l'une des parties est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage à lui donner. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties peut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement ».

Les articles du Code paraissent inspirés de ce passage.

Bien que les auteurs aient beaucoup raisonné sur la cause, ils n'ont rien renouvelé, et les seules notions claires sont encore celles qu'avait formulées Domat.

Les auteurs les plus récents se sont mis à rechercher également la cause du contrat et à la distinguer de la cause de l'obligation (2).

1. Pothier, *Obligations*, n° 42 et n° 43.

2. Selon MM. Aubry et Rau, la cause de l'obligation serait la considération qui porte la partie à s'engager, tandis que le motif

Prenons un exemple entre mille. Le dépositaire est tenu de restituer. Pourquoi? Parce qu'il a reçu quelque chose en dépôt; c'est la cause de l'obligation. Pourquoi a-t-il accepté ce dépôt? Pour rendre service ou pour toucher une rémunération; c'est le motif du contrat.

On fait cette distinction, parce que si la cause est fausse le contrat est nul (art. 1131), tandis que la fausseté du motif est indifférente à sa validité (art. 1110).

Les auteurs ont vainement cherché une définition générale en prenant les trois formules de Domat, car les notions de la cause sont multiples (1). Oudot crut en avoir trouvé le moyen dans son *Cur debetur*? il disait : « Demandez-vous pourquoi l'obligation a été contractée, la réponse à cette question sera la cause (2). » Mais il faudrait d'abord savoir ce que c'est que la cause et en quoi elle diffère du motif.

Cette théorie de la cause a été fortement critiquée (3).

du contrat est le mobile qui la détermine à contracter (§ 345, n. 2). Selon MM. Demante et Colmet de Santerre « la cause déterminante de l'obligation ne doit pas être confondue avec la cause impulsive du contrat », t. V, n° 46.

1. Aubry et Rau prétendent que la cause est le motif juridiquement suffisant, § 345. — Colmet de Santerre : le but immédiat et direct que le débiteur se propose d'atteindre pour s'obliger, t. V, § 46 bis, n° 1.

2. Cité par Mourlon.

3. Voyez Planiol, *Op. cit.*, t. II, p. 345, n. 3.

Nous ne passerons pas en revue les critiques et nous nous bornerons à résumer celle de M. Planiol qui nous paraît définitive :

« La théorie de la cause, telle que la doctrine française l'a construite, a un double défaut : 1° elle est fausse, au moins dans deux cas sur trois ; 2° elle est inutile.

« FAUSSETÉ DE LA NOTION DE CAUSE. — Passons en revue ses trois applications :

« 1° *Contrats synallagmatiques*. — Deux personnes s'obligent l'une envers l'autre, par exemple un acheteur et un vendeur. Faut-il dire que l'obligation de l'une est la « cause » de l'obligation de l'autre ? Il y a à cela une impossibilité logique : les deux obligations, dérivant du même contrat, naissent en même temps ; ce sont deux sœurs jumelles ; il est impossible que chacune d'elles soit la cause de l'autre, car un effet et sa cause ne peuvent pas être exactement contemporains. Dans l'opinion commune, on crée un cercle vicieux ; si chacune des deux obligations est l'effet de l'existence de l'autre, aucune d'elles ne peut prendre naissance. Ce phénomène de production mutuelle est incompréhensible ; donc l'idée est fausse.

« 2° *Contrats réels*. — On dit : l'obligation de l'emprunteur, du dépositaire, du gagiste, a pour

cause la prestation qu'il a reçue. On ne s'aperçoit pas que ce qu'on appelle ici « cause de l'obligation » n'est autre chose que le fait générateur de l'obligation. Si on peut l'appeler *causa obligationis*, c'est en prenant le mot *causa* dans le sens de source productive d'obligation, qui est un sens tout à fait différent de celui que lui donnent les modernes dans la théorie de la cause. Dire que la prestation reçue est la cause de l'obligation, c'est jouer sur le double sens du mot *causa* (1).

» 3° *Libéralités*. — Sur ce point, les auteurs modernes tendent à s'écarter des idées de Domat, mais pour s'égarer plus encore. Domat voyait la cause d'une libéralité dans le motif qui l'a inspirée. Nos auteurs les plus récents, voulant distinguer la cause et le motif (ci-dessus, n° 1034), n'ont plus trouvé en fait de cause d'une donation que la volonté de donner, considérée d'une manière abstraite et indépendamment des motifs qui l'ont fait naître (2). Cette conception m'a toujours paru vide de sens (3). Qu'est-ce qu'une volonté dépourvue de motif ? Comment en apprécier la valeur morale ?

» Seul peut-être parmi les auteurs modernes, Lau-

1. Cette confusion est très visible dans les développements que donne M. Colmet de Santerre, t. V, § 46 bis, 1.

2. Sfériadès, thèse, p. 146-160.

3. Comp. *Revue critique*, 1888, p. 708-709.

rent, a reconnu que la cause d'une donation n'était autre que son motif (1).

» INUTILITÉ DE LA NOTION DE CAUSE. — D'après le Code civil, l'intérêt qu'il y a à rechercher la cause des obligations conventionnelles est que le contrat est nul : 1° quand il est sans cause ou, ce qui revient au même, quand sa cause est fausse; 2° quand la cause est illicite. On va voir qu'en toute hypothèse on peut se passer de la notion de cause.

» 1° *Absence de cause.* — L'absence de cause ne peut pas se réaliser pour les actes unilatéraux, comme les contrats réels ou les donations. En matière de dépôt ou de prêt, par exemple, il est clair qu'il n'y a ni dépositaire ni emprunteur tant que la chose ne leur a pas été remise; l'absence de cause se confond ici avec l'absence de contrat : rien n'a été fait qui puisse être déclaré nul pour défaut de cause. En matière de donations, l'absence de cause serait l'absence de motif : une donation sans cause (2).

Les auteurs « causalistes » ne peuvent appliquer leur idée de nullité pour absence de cause qu'aux

1. T. XI, n° 506.

2. On lui a reproché son opinion comme une « confusion » commise par lui entre deux choses que tout jurisconsulte sait distinguer : « Cela étonne chez un maître tel que Laurent », dit M. Hug, t. VI, n° 39. Pourtant l'opinion de Laurent est la seule qui soit historiquement vraie et logiquement exacte.

contrats synallagmatiques : si la chose vendue n'existe pas, l'obligation du vendeur est nulle faute d'objet ; celle de l'acheteur est nulle faute de cause parce que l'obligation du vendeur qui devait lui en tenir lieu n'a pas pris naissance. On peut arriver au même résultat sans faire intervenir l'idée de cause, par la simple nature synallagmatique du contrat qui suppose des prestations réciproques : chacune des parties n'entend se lier qu'en considération de l'avantage que l'autre doit procurer et cette connexité qui lie leurs deux engagements est un rapport de dépendance mutuelle tout à fait distinct d'un rapport de causalité. La preuve en est que l'obligation de l'acheteur de payer son prix tombe également et pour le même motif, si l'obligation du vendeur de lui livrer la chose, quoique légalement formée et parfaitement existante, ne reçoit aucune exécution ; l'acheteur est délié, et cependant son obligation ne manquait pas de cause... On n'a pas plus besoin de l'idée de cause pour délier l'acheteur dès le début, quand l'obligation du vendeur ne prend pas naissance (1).

» 2^o *Cause illicite ou immorale*. — Constatons tout d'abord que la moralité ou la légalité d'un acte doit s'apprécier d'après cet acte lui-même, d'après

1. Comp. Cass. 22 nov. 1909, D. 1910, I, 407.

les intentions ou les motifs de l'agent, et qu'elle ne saurait être le reflet et le contre-coup de l'immoralité ou de l'illégalité de l'acte d'autrui. Supposons que deux personnes s'entendent en vue d'un crime que l'une s'engage à commettre tandis que l'autre lui donne de l'argent pour l'y décider. L'opération est certainement nulle dans son ensemble. Mais pourquoi ? Les auteurs causalistes disent : « La promesse de tuer est nulle, à raison de son objet qui est de l'argent, elle est nulle parce qu'elle a pour cause l'obligation contractée par l'autre partie : c'est sa cause qui est illicite. » On n'a nul besoin de ce détour pour annuler cette seconde obligation, elle est nulle, comme la première, parce qu'elle a un objet illicite : donner de l'argent pour tuer quelqu'un est tout aussi criminel que de le tuer soi-même. En pareil cas la criminalité ou l'immoralité du fait est égale des deux côtés (1).

» En matières de libéralités, la jurisprudence a cru trouver un emploi utile à la théorie de la cause : elle s'en sert pour annuler les donations ou les legs dont le motif est illicite ou immoral (2). Outre que cette jurisprudence confond la cause et le motif, alors que

1. Comp. Cass. 5 fév. 1902, D. 1902, I. 158, S. 1902, I. 389. — trib. de Sedan, 23 mai 1900, D. 1901, 2. 203.

2. Les arrêts forment trois séries distinctes : sur les enfants illégitimes, sur les concubins, sur les conditions illicites. Elles sont étudiées dans le t. III.

la plupart des auteurs rejettent cette distinction, l'idée de cause est tout aussi inutile ici qu'ailleurs : la moralité de l'acte s'apprécie d'après l'intention de l'agent ; une libéralité est nulle quand son motif est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs.

» Toute mention de la cause des obligations pourrait donc être effacée de nos lois (1) ; aucune de leurs dispositions ne serait compromise » (2).

En somme, on voit que toutes les théories de la cause faites depuis Domat ne sont ni solides, ni claires, ni indispensables, mais comme les rédacteurs du Code civil paraissent admettre cette notion comme classique sans toutefois la formuler, sans la critiquer et sans l'élucider, comme d'autre part beaucoup d'arrêts en font autant, il était indispensable de l'exposer avant d'aborder leur examen.

Nous avons dit que les tribunaux annulaient les obligations entre concubins quand elles tombaient sous le coup de l'article 1131.

1. Les partisans les plus modernes de l'idée de cause en proclamant eux-mêmes la complète inutilité en matière de dispositions à titre gratuit, c'est-à-dire dans le seul cas où pratiquement la question se pose. Ceci tient à ce qu'ils ont abandonné l'idée première de Domat, qui voyait la cause d'une donation dans son motif. Pour eux, la cause de la libéralité réside uniquement dans un acte abstrait de la volonté, dans une intention de bienfaisance, qui ne peut jamais être ni illicite ni immorale (Laborde, *Revue générale de droit*, 1881, p. 402, n. 3. — Bartin, *Conditions impossibles*, p. 369-370).

2. Planiol, t. II, p. 345 et suiv.

Prenons un exemple : un concubin s'engage à payer telle somme à sa concubine. Quand la considération qui le porte à s'engager est uniquement le concubinage l'obligation est nulle. Mais il ne suffirait pas que l'une des parties ait vécu en concubinage avec l'autre pour que l'obligation soit annulée : il faut que le concubinage soit la cause et la cause unique du contrat, car le concubinage ne crée pas par lui-même une présomption contre les concubins.

En 1854, la Cour de cassation décidait :

Attendu que l'arrêt attaqué a décidé qu'il était évident soit d'après l'enquête, soit d'après les lettres de la fille M..., que les biens litigieux avaient été remis à celle-ci par le défendeur, dans le but unique de déterminer cette femme à continuer avec lui les relations intimes et honteuses qui avaient déjà existé entre eux ; et que dans cet état de fait, l'arrêt attaqué en annulant les billets litigieux comme reposant sur une cause illicite en ce qu'elle est contraire aux bonnes mœurs, a fait une juste application de la loi (1).

Pour que l'obligation soit annulée il ne suffit pas que le concubinage soit la cause *lato sensu*, il faut qu'il soit la cause exclusive de l'obligation. Dès qu'il y a un autre motif pour s'engager envers la concubine, la jurisprudence admet la validité de l'obligation.

1. Cass., 5 janvier 1854. D. 58. 1. 81.

Ainsi que nous l'avons vu dans la première partie de ce chapitre, les tribunaux admettent qu'un engagement pris envers une concubine pour un dommage moral constituait une cause licite et même une obligation naturelle (1).

Mais supposons un moment qu'une obligation consentie par l'un des concubins en vue et à cause du concubinat ait été payée.

Quand l'obligation qui a été payée avait une cause illicite ou immorale, il y a lieu à l'action que les Romains appelaient : *condictio ob turpem vel injustam causam*. Cette action, quand elle est accordée, n'exige pas la condition d'erreur. Alors même que le débiteur aurait connu la nullité de sa dette au moment où il s'en est acquitté, on l'autorise à agir en répétition.

Il semble que cette action devrait toujours être accordée, car si l'obligation illicite ou immorale est condamnée par le droit, il importe que le créancier ne soit jamais autorisé à conserver ce qu'il a reçu ; lui laisser l'argent en privant le débiteur de son action en répétition, ce serait donner effet à une cause illicite contrairement à l'article 1131 qui dit que ces obligations n'en doivent produire aucune.

Cependant la doctrine et la jurisprudence admettent la survivance d'une règle romaine qui conduit à refu-

1, Voyez p. 120 et sq.

ser l'action en répétition dans tous les cas qui se présentent en fait : *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Elle maintient avec fermeté la tradition romaine, c'est-à-dire le refus de toute répétition pour les dons faits à une concubine (1).

Mais voyons quelles sont les preuves selon lesquelles on pourrait établir que le concubinat est la cause de l'obligation si le fait même ne ressort pas des énonciations de l'acte.

Quelques jugements ont admis que le caractère illicite de la cause doit ressortir de la teneur même de l'acte, ou tout au moins résulter d'un commentement de preuve par écrit (2).

Un arrêt de la Cour d'Alger du 29 décembre 1895 fait application de ce principe :

Attendu qu'on pourrait se demander si une preuve quelconque serait admissible en présence des énonciations de l'acte, qu'en effet, en l'état de la jurisprudence, il faut qu'il résulte de ces énonciations mêmes la preuve que le concubinage a été la seule cause de l'obligation pour qu'elle soit annulable. Attendu qu'il résulte de ce qui précède que l'acte du 16 décembre 1881 est valable, la cause en fût-elle simulée et quand bien même il constituerait une donation déguisée (3).

1. Paris, 1^{er} août 1903. D. 1904. 2. 345.

2. Cass., 1860. D. 60. 1. 255. — Amiens, 9 août 1865. D. 66. 1. 372.
— Orléans, 27 mars 1875. D. 77. 2. 172.

3. D. 97. 2. 453.

Mais cette solution paraît avoir été abandonnée par la Chambre des requêtes dans un arrêt du 4 janvier 1897 qui déclare que la preuve par présomptions ou par témoins, outre et contre le contenu d'un acte attaqué comme frauduleux est toujours admissible (1).

Nous avons une jurisprudence dans ce sens qui statue en principe et en thèse générale et dont il faut déduire que le caractère illicite d'une obligation peut être établi par tous les moyens de preuve sans qu'il soit besoin qu'il ressorte de l'acte lui-même ou d'un écrit. La Cour de cassation décidait le 21 mars 1898 :

Attendu qu'aux termes de l'article 1131 du Code civil, l'obligation dont la cause est illicite ne peut avoir aucun effet ; que d'après l'article 1353 du même Code le caractère illicite de la cause peut être établi par de simples présomptions, ce qui implique tous les modes de preuve sans distinction ; attendu que dès lors en autorisant le consort Tisserand à prouver par témoins que les billets souscrits par leur auteur au profit de la demoiselle Hamet avaient pour cause des relations illicites qui auraient existé entre eux, le jugement attaqué a fait une juste application de l'article 1131 (2).

Donc le concubinat peut-être établi par des précisions graves, précises et concordantes ; voici un

1. D. 97. I. 126.

2. D. 1902. I. 403, Voyez la note de M. Sarrut.

arrêt de la Cour de Dijon qui l'établit de cette manière :

Un nommé P. avait connu à Paris une fille G..., avec laquelle il avait vécu de 1890 jusqu'en 1892. Le 2 mai 1892, il avait souscrit un billet au profit de la demoiselle G. et celle-ci prétendait que ce billet n'était que la rémunération d'obligations que le sieur P... contracta vis-à-vis d'elle pendant la vie commune, car l'acte portait ces mots : « Je m'engage à lui rembourser ». Mais la Cour décida :

Attendu qu'il résulte de tous les documents de la cause et notamment de la correspondance de la demoiselle G... que jamais elle n'a fait ou pu faire des avances d'argent à P..., qu'il est encore peu vraisemblable que, comme elle prétend, elle ait fait les frais d'entretien et de nourriture de leur mariage interlope ; attendu que P... se trouvait pendant les deux années qu'il a passées avec la demoiselle G... dans une situation telle qu'il n'avait pas besoin de recourir à des avances que lui aurait fait sa concubine ou de se faire entretenir par elle ; qu'en effet, il a hérité de sa grand'mère en 1890 ; qu'il a vendu des valeurs pendant la durée du concubinage ; qu'appartenant à une famille aisée il recevait chaque mois de ses parents l'argent qui lui était nécessaire ; attendu que P... établit la fausseté des obligations de la demoiselle G... au moyen de lettres qu'elle a écrites à l'appelant, lesquelles constituent en sa faveur un commencement de preuves par écrit qui viennent corroborer des présomptions graves, précises et concordantes, tirées des circonstances de la cause, que dans

ses lettres, elle commence par le supplier de lui donner 50 francs pour payer sa modiste, que plus tard, changeant de ton, elle le menace, par un homme d'affaires, de scandale par voie de presse, et que jamais il n'est question de billets de 5.000 francs. Attendu en outre qu'on trouve encore la preuve de la fausseté des allégations dans le contexte même du billet ; qu'on y lit, en effet : « Je m'engage à lui rembourser cette somme à raison de 85 francs par mois » ; qu'il serait difficile d'admettre que la demoiselle G... en l'état de gêne dans lequel elle s'est trouvée, ait accepté un engagement pareil n'ait pas cherché plus tôt à obtenir de P... la somme totale montant du billet en question ; attendu que cela démontre que ce billet n'a été souscrit par P... que pour retenir la demoiselle G... et l'empêcher de le quitter ; que la cause de ce billet est dès lors illicite comme contraire à la morale et aux bonnes mœurs ; qu'il y a lieu en conséquence de déclarer le billet nul.

Nous voyons donc que la Cour admet la cause suffisamment prouvée, quoique ne ressortant pas des énonciations même du billet (1).

Ainsi se manifeste, dans les arrêts, la tendance de plus en plus marquée de faire produire au concubinat des effets imitant ceux qui découlent du mariage.

D'un côté on suspecte les concubins, et en considérant les engagements pris entre eux du moins tant que durent leurs relations comme ayant pour but ou

1. Dijon, 22 mars 1900.D. 1901, 2, 45.

de faire durer leur union immorale, on établit une sorte d'incapacité temporaire de contracter l'un envers l'autre.

D'un autre côté en faisant une très large application de l'idée de responsabilité, et en considérant la réparation due comme une véritable obligation naturelle, on tend à mettre de plus en plus la femme et l'enfant à l'abri des injustices.

Il n'y a pas lieu de s'effrayer : il ne s'agit pas d'enrayer le développement de l'union libre : ceci paraît impossible. Il s'agit d'accorder certaines garanties aux concubines et surtout à celles qui n'ont pas hésité devant le devoir d'être mères.

La société française souffre du mal de la dépopulation ; les causes en sont profondes et multiples ; or accorder un dédommagement à la femme qui n'a pas hésité devant les charges de la maternité, est chose juste, morale et socialement utile.

Ce n'est pas grand'chose au point de vue social dira-t-on, mais c'est tout de même quelque chose, tandis qu'adopter les solutions contraires serait aller contre le but essentiel de la société et contre l'intérêt particulier actuel et pressant de la société française. D'ailleurs, et nous l'avons dit, l'opprobre attaché à l'union libre disparaît : au point de vue de la nouvelle morale, elle n'est plus contraire aux bonnes mœurs. Ce qui effraie le moraliste, c'est le luxe et les dépenses scandaleuses des femmes galantes ; mais il

ne faudrait pas généraliser et sous prétexte d'enrayer un spectacle déprimant, refuser aux femmes et aux enfants ce qui moralement et en toute conscience leur est dû.

Certes nous approuvons les jurisprudences qui annulent les obligations consenties en vue de nouer ou de faire continuer des relations amoureuses quand elles sont l'unique but de l'obligation. A ce point de vue, il n'y a nul danger pour les honnêtes femmes. En effet, de deux choses l'une : ou bien elles ont suivi un homme d'une condition sociale supérieure à la leur et dans ce cas les neuf dixièmes l'ont fait en vue d'une récompense rémunératrice : elles sont donc peu intéressantes ; ou bien elles suivent un homme de leur condition, ce qui arrive le plus souvent dans la classe laborieuse, et dans ce cas les donations et obligations consenties n'ont pas de raison d'être, les travailleurs n'ayant généralement pas de biens transmissibles.

II. — *Libéralités entre concubins.*

Le législateur laissant le concubinage à l'état de simple fait, il était logique et conforme à l'esprit de la loi de dire que le Code autorise, ce qu'il n'interdit pas et partant, que les libéralités entre concubins sont valables.

Ce qui empêche cette solution d'être universellement admise, c'est qu'on était trop près de l'ancien droit. Les influences religieuses et les préjugés moraux s'exercent encore sur l'esprit des interprètes de la loi : ils cherchent des raisons pour faire revivre l'ancienne maxime « don de concubin à concubine ne vaut ».

Une autre raison est qu'ils se demandent s'il n'y aurait pas lieu d'établir contre les concubins les précautions que le législateur a prises contre les époux pour les donations qui peuvent se faire entre eux.

Examinons la question dans l'ancien droit.

A Rome, les libéralités de concubin à concubine étaient entièrement valables (1); à moins qu'ils ne vivent dans un commerce adultérin ou incestueux (2). Il était interdit aux militaires de donner à leur concubine (3).

Les empereurs Valentinien et Gratien restreignent cette liberté : on distingue si le concubin avait ou non des enfants légitimes et s'il avait ou non des enfants de sa concubine (4).

1. *Dig.*, de *donationibus inter virum et uxorem*, loi 5, I. *Affectionis gratia neque inhonestæ donationes sunt prohibitæ; honestæ erga merentes amicos, vel necessarios: inhonestæ erga meretrices.*

2. *Dig.*, de *his qui ut indignis auferentur*, loi 13, 7.

3. *Dig.*, de *testamento militis*, loi 41.

4. Nov. 1789, chap. XII.

Justinien élargit de nouveau ce droit du concubin lorsque celui-ci n'aurait pas d'enfants légitimes et lui permit de donner la moitié de ses biens : afin que ces prescriptions ne soient pas éludées au moyen de fidéicommiss tacite, il fixa la permission de donner ou de léguer au concubin dans de nouvelles proportions (1). Il est vrai que Justinien ne parle pas dans ses dispositions de la concubine, mais les interprètes l'assimilèrent à l'enfant naturel dont il est question dans ce passage. Elle pouvait donc recevoir tout quand le concubin n'avait ni parent ni enfant.

Dans l'ancien droit coutumier, la maxime « don de concubin à concubine ne vaut » prévaut presque partout en France.

Nous la trouvons dans la coutume de Cambrésis, de Loudunois, de Touraine, d'Anjou, du Maine, du Perche (2). Elle existe d'une manière générale dans la coutume des provinces du Nord et en Normandie, où il faut prouver par écrit le criminel commerce (3).

Charles-Quint par un édit du 4 octobre 1540, réduit la prohibition aux mineurs de vingt-cinq ans pour les provinces françaises sous sa domination et

1. *Ibid.*

2. Cambrésis, tit. III, art. 7. — Loudunois, *Donations*, art. 2, — Touraine, art. 246. — Anjou, art. 342. — Maine, art. 354. — Perche, art. 100.

3. Houard, *Traité de droit normand*, p. 103.

aux donations emportant translation ou hypothèque de propriétés immobilières.

Mais la coutume de Flandre annulait immédiatement les donations entre concubins et cet édit ne fut point suivi (1). Pour ne citer qu'un exemple, un arrêt de la Cour de Douai de 1757 déclare le legs de 300 livres de pension viagère fait au profit de la fille Ridon par le sieur François-Antoine-Félix de Saudemont et son testament du 6 mars 1752, nul et de nul effet (2).

Plus tard l'ordonnance royale de 1629 déclarant nulles les donations de concubin à concubine fut enregistrée par tous les Parlements, excepté ceux d'Aix et de Rouen où elle fut repoussée. Les Parlements de Toulouse, Bordeaux, Grenoble, Dijon et Pau l'enregistrèrent sans aucune modification et nous trouvons dans *le supplément du Journal du Palais de Toulouse* des arrêts appliquant les dispositions de l'ordonnance de 1629 (3).

A Paris, le Parlementregistra l'ordonnance mais sans délibération libre et il fallut pour qu'elle le fût le lit de justice du 15 janvier 1629.

Nous trouvons dans la jurisprudence de Paris de nombreuses hésitations. Avant l'ordonnance de

1. Merlin, *Questions de droit*, t. II, p. 469.

2. Merlin, *Questions de droit*, t. II, p. 470.

3. *Supplément du Journal du Palais de Toulouse*, t. II, p. 2.293.

1629 nous voyons la jurisprudence annuler et confirmer des donations identiques (1).

Après l'ordonnance royale, nous voyons que le Parlement ne l'applique pas toujours et nous avons des arrêts confirmant des donations faites à des concubines ; tout au plus si elle les réduit à une pension alimentaire (2). Ricard, dans son *Traité des Donations*, constate cette incertitude de la jurisprudence et de la doctrine : « la validité des donations faites aux concubines est, dit-il, diversement agitée par nos auteurs, les uns tiennent pour l'affirmative, les autres leur sont directement opposés, et tous allèguent l'usage en leur faveur sans rapporter aucun arrêt qui ait nettement jugé la question (3). Enfin au XVIII^e siècle la jurisprudence se fixe et les Parlements font une double distinction : si la concubine a un recours en dommages-intérêts contre le donateur, ils maintiennent la donation ; sinon ils la réduisent à une pension alimentaire. Ainsi un arrêt du 4 mars 1727 du Parlement de Paris consacre ce premier principe (4) ; tandis qu'un autre arrêt du 17 mars 1730 admet qu'il y a lieu d'assurer une pension ali-

1. Un arrêt du 18 février 1616 confirme une donation de ce genre tandis qu'un arrêt du 4 août 1617 l'annule. Merlin, *Questions de droit*, p. 491.

2. Recueil Bardet, arrêt du 13 décembre 1629 et arrêt du 1^{er} juillet 1630.

3. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, p. 408.

4. Merlin, *Questions de droit*, t. II, p. 471.

mentaire à la concubine (1). Pour nous faire une idée juste des principes qui dominaient la jurisprudence à cette époque, nous citerons un arrêt remarquable en même temps que décisif rendu en faveur de la demoiselle de Grandmaison et nous reproduisons les principaux arguments de M. l'avocat général Talon sur les conclusions duquel il est intervenu.

« Nous apprenons d'une infinité de vos arrêts, qu'on ne peut pas faire une donation considérable, bien moins encore une institution universelle en faveur d'une concubine ; et lorsque ces sortes de questions se présentent, on est toujours réduit à constater deux sortes de faits.

» D'abord, on examine si le honteux commerce du donateur et de la donataire est suffisamment prouvé, pour ne pas établir la punition d'un crime sur de simples présomptions, et pour ne pas légèrement couvrir d'opprobre ceux qui soutiennent ces sortes de donations.

» En second lieu, si le fait du mauvais commerce est démontré, on met dans la balance de la justice d'un côté ce qui serait nécessaire pour les aliments de la donataire et de l'autre les effets qui lui ont été donnés, afin de prescrire de justes bornes à des libéralités qui ne doivent pas être immenses, et plutôt pour rendre à la donataire ce qui lui est

1. *Ibid.*

exactement dû, que pour lui donner lieu de s'applaudir de son crime.

» Nous proposons ces principes avec d'autant plus de confiance, qu'un de vos arrêts les a tout récemment adoptés, en confirmant une donation faite à la nommée des Roches, qui était assez médiocre pour ne pas excéder de simples aliments ; cependant l'héritier du donateur demandait à prouver les faits de débauche.

» Réduisons-nous donc à examiner si, dans l'espèce particulière le mauvais commerce est prouvé, et quelle est l'étendue des donations dont il s'agit.

» D'abord, il est certain que le sieur Perraud et la demoiselle de Grandmaison ont habité ensemble pendant plusieurs années, à Paris, et en province. Cette cohabitation a même excité deux sortes de plaintes : celle que le feu sieur de Grandmaison, père de la demoiselle, a faite au sieur Perraud lui-même, du départ de sa fille, en 1712, qu'il avait conduite à Paris, sans le consentement de ce père ; plainte alors naturelle à un père dont l'autorité avait été méprisée, mais plainte qui commence à justifier présentement que la demoiselle de Grandmaison s'était soustraite à une autorité légitime, pour se livrer à un commerce suspect. Cette première preuve est tirée d'une lettre écrite par le sieur de Grandmaison au sieur Perraud, le 20 avril 1712, et cette lettre n'est point contestée. Joignons-y une lettre écrite en 1719, à la demoiselle

de Grandmaison, par sa mère, lettre qui est pareillement reconnue, et où cette mère parle des murmures excités dans sa famille même, par les frères de la demoiselle de Grandmaison, au sujet de son voyage à Paris, et parce qu'elle demeurerait avec le sieur Perraud. Ces aveux peuvent être de quelque conséquence dans la bouche des père et mère de la demoiselle de Grandmaison, et dans un temps où la vérité devait parler sans déguisement. Il y a même des termes dans la lettre du sieur de Grandmaison qui semblent annoncer une grossesse ; il parle du mal qui la pressait, ce sont ses termes ; et c'est la raison à laquelle le sieur de Grandmaison attribue le départ précipité de sa fille.

» Après ces deux lettres, nous devons examiner celles que la demoiselle de Grandmaison a écrites elle-même au sieur Perraud et qu'elle n'a point désavouées dans cette contestation. Ce langage ne serait-il pas du moins une forte présomption du mauvais commerce dont il s'agit ? Ces lettres réunies à la cohabitation du feu sieur Perraud et de la demoiselle de Grandmaison, nous engageraient du moins à faire des recherches plus particulières de ce fait si nous n'avions pas, dans des dispositions authentiques, des témoignages trop convaincants de la débauche de la demoiselle de Grandmaison. Après ces dispositions, ces lettres de la demoiselle de Grandmaison, ces aveux de ses père et mère, cette

cohabitation publique à Paris et en province, ne doutons donc plus du mauvais commerce que l'on oppose à la demoiselle de Grandmaison. On ne voit, dans tout cela, ni trace, ni espérance de mariage ; et une cohabitation aussi longue et aussi publique mérite sans doute le nom honteux de concubinage.

» Voyons présentement quelle est l'espèce des donations passant les bornes que la sévérité de nos maximes leur prescrit.

» D'abord, le sieur Perraud a donné à la demoiselle de Grandmaison une somme de 25.000 livres en effets qui avaient cours en 1720. La condition de cette donation a été que ces mêmes effets seraient employés à une rente viagère sur la tête et pendant la vie de la demoiselle de Grandmaison, et que cependant le sieur Perraud en jouirait pendant sa vie ; donation qui assure aujourd'hui à la demoiselle de Grandmaison, une rente viagère de 800 livres, que les héritiers du sieur Perraud réclament.

» A cette première libéralité a succédé celle de l'usufruit d'une maison située à Lahy, et des meubles qui étaient alors dans cette maison. Le sieur Perraud a porté son attention jusqu'à prévenir les recherches que ses héritiers pourraient faire un jour des réparations de cette maison, et il a affranchi sa donataire et sa succession.

» Enfin, il lui a donné les provisions qui se trouvaient alors dans cette maison de Lahy, les meubles

qui était dans le premier étage de la maison qu'il occupait à Paris, une somme de 6.000 livres à prendre spécialement sur la maison de Lahy, et quelque vaisselle d'argent.

» Regardons comme un principe que les aliments peuvent être donnés à une concubine : disons même plus, il est des circonstances où ces aliments sont dus, et où ils ont plus l'effet de la justice que d'une pure libéralité. Combien de donations ont été autorisées par vos arrêts sous ce titre favorable d'aliments ? D'autres fois, les arrêts ont réduit des donations qui étaient trop fortes pour être regardées comme de simples aliments ; et, en général, vos décisions semblent avoir une attention particulière à fixer en simple usufruit les donations faites à une concubine, et à empêcher que les héritiers appelés par la nature et par la loi, ne soient dépouillés par ces sortes de donations.

» Nous voyons même que, dans l'esprit de la loi, on peut ajouter quelquefois aux aliments un dédommagement convenable pour réparer la honte et le dérangement que le mauvais commerce du donateur avec la donataire peut avoir produit :

» Dans l'espèce particulière, il semble que l'on ne peut refuser des aliments à la demoiselle de Grand-maison ; et ces aliments, elle peut les trouver dans la rente viagère que le sieur Perraud lui a laissée. Vous jugerez peut-être que cette rente est propor-

tionnée à la qualité de la demoiselle de Grandmaison.

» Mais, en rendant ainsi ce que nous croyons devoir à l'exemple, aux bonnes mœurs, à notre ministère, l'équité demande de nous que nous observions aussi quelques circonstances qui peuvent rendre moins odieuses les donations dont il s'agit, et qui vous détermineront peut-être à joindre aux aliments quelque dédommagement parmi les effets qui ont été donnés sur la succession du sieur Perraud.

» Le commerce illicite du sieur Perraud et de la demoiselle de Grandmaison paraît avoir commencé en 1712. La demoiselle de Grandmaison, née en 1692, n'était alors âgée que de vingt ans, elle était mineure, et sous la puissance de ses père et mère ; le sieur Perraud était alors âgé de plus de soixante ans, sa fortune a été considérable, il n'a point laissé de postérité légitime et ses héritiers collatéraux trouvent encore dans sa succession beaucoup de biens. Les donations principales qu'il a faites à la demoiselle de Grandmaison sont l'usufruit de la maison et des terres de Lahy, et la rente viagère de 800 livres. Cette rente a été formée d'effets peu solides en 1720, et les donations dont il s'agit n'entament la succession du sieur Perraud que par la somme de 6.000 livres, que les héritiers de la demoiselle de Grandmaison pourront prendre sur la maison de Lahy.

» Ces circonstances semblent exiger quelques dédommagements et pourraient ne soumettre les donations dont il s'agit qu'à une réduction médiocre, et peut-être à empêcher que la succession du sieur Perraud ne soit un jour dépouillée des 6.000 livres qui ont été données à prendre sur la maison de Lahy ; le surplus est purement viager, il consiste aussi en meubles de peu de conséquence, parce que nous avons observé que, dans la donation de la propriété des meubles qui se trouvaient au premier étage de la maison de Paris, le sieur Perraud a excepté quelques meubles considérables.

» La disproportion d'âge, la fortune considérable du sieur Perraud, les avantages que les héritiers trouvent dans sa succession, les éloges que le sieur Marie donne dans quelques lettres aux soins que la demoiselle de Grandmaison avait du sieur Perraud, dans un âge décrépît ; les intérêts des héritiers collatéraux ménagés par le sieur Perraud, et sans atteinte de la part de la demoiselle de Grandmaison, toutes ces circonstances peuvent autoriser, avec les aliments, une sorte de dommages et intérêts. »

« D'après ces raisons M. l'avocat général Talon a estimé qu'il y avait lieu d'infirmer la sentence du Châtelet, dont la demoiselle de Grandmaison était appelante, et qui avait déclaré nulles les dispositions faites en sa faveur par le sieur Perraud, émendant, sans s'arrêter à la requête des héritiers, ordonner que

les actes dont il s'agissait seraient exécutés jusqu'à telle concurrence qu'il plairait à la Cour.

» Par arrêt du 28 mars 1730, le Parlement de Paris a mis l'appellation et ce au néant; émendant a ordonné que les donations seraient exécutées selon leur forme et teneur, a fait mainlevée des saisies pratiquées par les héritiers et a condamné ceux-ci aux dépens (1) ». Cette jurisprudence resta constante jusqu'au Code, et les prohibitions de l'ancien droit ne furent levées que par la loi du 2 floréal an II.

Le Code civil n'établit pas cette incapacité. Il est dit dans son article 902 : « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables ».

Or, voici les incapacités établies par la loi : Le tuteur est incapable de recevoir de son pupille, le médecin de ses malades, le ministre des cultes des personnes qu'il assiste, l'officier de marine de celles qu'il a à son bord, les congrégations de femmes de leurs membres, les enfants naturels de leurs parents ou au delà d'une certaine quotité disponible.

Il n'y a donc aucune incapacité à l'égard des concubins. Il n'y a même aucune restriction.

Mais on a dit que le Code ne formulant rien à cet égard, on devait se rapporter à l'ancien droit. Ceci

1. Merlin, *Questions de droit*, t. II, p. 472.

est absolument faux, la loi du 30 ventose an XII qui a réuni les trente-six lois du Code civil en un seul corps, contient, dans son article 7, une disposition ainsi conçue : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de lois générales ou particulières dans les matières qui sont objet des dites lois composant le présent Code ». Si cet article n'existait pas, l'ancien droit serait abrogé tacitement, c'est-à-dire dans les cas seulement où les textes du Code sont en contradiction avec lui ; il subsisterait sur tous les points où les règles anciennes seraient compatibles avec le droit nouveau, ces points seraient peut-être nombreux et par suite on retrouverait la diversité législative des anciennes provinces. C'est précisément cette diversité qu'on voulait faire disparaître afin d'établir l'unité de législation. L'article 7 de la loi du 30 ventose an XII prononce, d'une manière expresse, l'abrogation en masse de tout l'ancien droit.

Ceux qui prétendent faire revivre l'ancienne interdiction relative aux concubins ne peuvent donc se fonder sur le silence du Code.

Dans les travaux préparatoires, on avait d'ailleurs prévu une telle incapacité, mais elle fut rejetée et voici pour quel motif. L'orateur du gouvernement dit : « Nous n'avons pas jugé convenable d'étendre plus

loin les causes d'indignité ; il ne faut pas, sous prétexte spécial de remplir la volonté présumée du défunt, autoriser des inquisitions qui pourraient être également injustes et odieuses. C'est pour ce motif que nous n'avons pas cru devoir admettre quelques causes reçues cependant dans le droit romain comme par exemple celles qui seraient fondées sur les habitudes criminelles entre le défunt et l'héritier » (1).

Il n'y a plus à discuter l'incapacité est abolie. Presque tous les auteurs sont de cet avis quoiqu'une grande partie d'entre eux déplore ce système ; ils y voient une incitation au vice, un encouragement à la débauche et la cause de grands scandales (2). Ils oublient que la majeure partie des femmes entretenues vivent de dons manuels en espèces sonnantes pour lesquels il n'y a point possibilité d'établir une incapacité quelconque.

Pourtant Demolombe qui voudrait introduire une incapacité de donner entre concubins à l'aide de cet argument, dit :

« Il n'est pas tolérable qu'une loi qui pose des limites aux libéralités entre époux afin de prévenir les entraînements de la plus sainte et de la plus légitime des affections laisse, au contraire, libre carrière aux scandaleuses largesses dans lesquelles les con-

1. *Procès-verbal du Code civil*, t. II, p. 725.

2. Demolombe, XVIII, § 566, p. 562. — Laurent, t. II, n° 130, p. 18.

cubins peuvent être entraînés par les écarts d'une affection honteuse et déréglée (1). »

Mais nous avons vu pour quelles raisons cette objection, qui serait considérable en législation, doit être écartée de l'interprétation des textes.

L'article 902 admet que toutes les personnes peuvent donner et recevoir, excepté celles que la loi en déclare incapables. Or les concubins ne sont frappés de cette incapacité ni par le Code ni par aucune loi postérieure.

D'ailleurs la jurisprudence ne s'est pas engagée dans cette voie et, dès les premiers temps, elle a maintenu ce genre de donations.

Voici un attendu d'un arrêt de la Cour de Nîmes du 29 thermidor, an XII :

Le chapitre II de la loi du 13 floréal an II traite de l'incapacité de donner et de recevoir, et dans l'énumération des personnes à qui cette incapacité est refusée, on ne trouve pas celles qui vivent en concubinage, d'où il suit que l'incapacité résultant de l'article 132 de l'ordonnance de 1629 a été abrogée (2).

Et dans le même sens, mais plus amplement motivé, un arrêt de la Cour de Turin du 7 juin 1909 :

En déclarant à l'article 902 que toutes personnes peuvent recevoir par donation entre vifs et testament, excepté

1. Demolombe, XVIII, § 566, p. 562.

2. Cité par Aubry et Rau, VII, p. 26, § 149.

celles que la loi en déclare incapables, le nouveau Code n'avait pas placé parmi les causes d'incapacité celles dérivant du concubinage et de l'adultère, et le silence de la loi, en cette partie, est motivé par l'exposé de motifs des orateurs du gouvernement au Corps Législatif, qui nous apprend qu'il n'a plus paru convenable, pour de graves raisons, de rappeler dans la nouvelle législation certains motifs d'incapacité que les lois romaines avaient sanctionnés.

Après, chercher à faire revivre une disposition pénale sous le prétexte spécieux que la faveur des mœurs paraît en solliciter l'application, ce serait vouloir, au lieu de l'appliquer, censurer la loi et franchir les lignes du pouvoir des attributions judiciaires (1).

Si le tribunal admettait que le concubinage suffit à faire annuler les libéralités, il devrait en permettre la preuve, et c'est cette preuve même qu'on rejette.

Les partisans de l'incapacité invoquent l'article 6 du Code civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les mœurs. »

Or, le concubinage étant contraire aux bonnes mœurs, il tombe sous le coup de l'article précité. Mais l'article parle de lois intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs et nous n'en connaissons pas qui interdisent le concubinage.

D'ailleurs, ce n'est pas le legs en lui-même, mais

1. *Journal des audiences de la Cour de cassation*, année 1910, supp., p. 27.

bien plutôt la conduite du concubin, qui est contraire aux bonnes mœurs.

A l'appui de ce système, on invoque encore l'article 1133 : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public », et l'on prétend que le concubinat, qui est la cause de telles libéralités, est contraire aux bonnes mœurs.

Mais qu'est-ce que la cause d'une donation ? Réside-t-elle dans l'intention de donner, dans *l'affectus liberalitatis* ou bien est-ce ce qui détermine cette intention ?

Nous avons vu que Domat, dans sa théorie de la cause, considérait que « l'engagement a son fondement en quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien » (1). Et Pothier dit que « la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement » (2). Ce serait donc *l'affectus liberalitatis* qui serait la cause de la donation.

Mais nos auteurs modernes distinguent en matière de libéralités des causes et des motifs, les unes étant

1. Domat, *Lois civiles*, liv. 1, titre I, sect. 1, n^{os} 5 et 6.

2. Pothier, *Obligations*, 42 et 43.

indispensables à la validité de l'acte. Ils appelaient la première cause finale et la seconde cause impulsive. « La fausseté de la cause impulsive ne vicie point la disposition. La cause ne peut être réputée finale que quand il est prouvé que le disposant n'a disposé qu'en considération de cette cause et qu'il ne l'aurait pas fait sans cela » (1).

La jurisprudence a adopté cette théorie ; mais, amalgamant les deux expressions dans une seule, elle appelle cause impulsive et déterminante le motif qui lui paraît avoir une gravité telle aux yeux du disposant que la disposition lui paraît manquer de cause si le motif est faux ou contraire à la loi (2).

Elle a adopté cette manière de voir pour annuler les donations faites à des concubins (3). Elle est allée plus loin, elle s'en est servie pour éluder l'application de l'article 900 et pour annuler l'acte tout entier en considération de la condition illicite, et la Cour de cassation déclare « qu'il est constant que la nullité de la condition entraîne la nullité de la donation lorsqu'il est reconnu que la condition illicite ou immorale en est la cause impulsive et déterminante » (4).

1. Furgole, *Des testaments*, chap. VII, section III, n° 8.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 577.

3. Cassation, 26 mars 1860 et juillet 1860.

4. Cassation, 3 juin 1863 ; D. 63. 1. 429, et de nombreux arrêts en ce sens. — Cassation, 7 juil. 1768 ; D. 68. 1. 440. — Cassation, 17 juil. 1883. D. 84. 1. 156. — Cassation, 8 avril 1889. D. 90. 1. 205.

Bien que les articles de 1131 à 1133 ne parlent pas spécialement de donations, il est certain qu'ils s'appliquent aux conventions à titre gratuit comme aux autres; ce sont des dispositions générales pour toutes les conventions. Aussi pour la jurisprudence les articles précités établissent une règle générale pour toutes les obligations, pour les libéralités testamentaires ou entre vifs (1).

On n'a jamais pu fournir un criterium pour distinguer ces deux espèces de causes ou de motifs, finale ou impulsive, ni pour distinguer le motif de la cause. C'est une question de fait; tout dépend de l'interprétation qu'on donne à la pensée du disposant.

Mais des auteurs contemporains, entr'autres, MM. Aubry et Rau pensent que la cause est l'intention libérale, indépendamment des motifs qui agissent sur la volonté : « Une libéralité n'exige de la part de son auteur d'autres causes d'obligations que la libre détermination d'exercer un acte de bienfaisance, il en résulte qu'un tel acte ne peut être attaqué comme fondé sur une cause illicite sans prétexter que c'est par un motif contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, que son auteur a été conduit à le faire » (2).

Un arrêt de la Cour de Lyon adopte cette manière de voir :

1. Dalloz, *Répertoire*, voyez dispositions entre vifs, n° 243 et suiv.

2. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, VII § 651, p. 57.

Considérant qu'il y a lieu de distinguer entre la convention qui aurait pour but la formation ou la continuation des relations immorales, laquelle ayant une cause illicite serait nulle aux termes de l'article 1131, et la donation proprement dite qui, n'ayant d'autre objet et d'autre but qu'une simple libéralité, ne tombe sous le coup d'aucune prohibition légale » (1).

La seule cause de l'acte gratuit est donc la volonté de faire une libéralité, et cette cause en soi ne peut être illicite.

Merlin, dans son *Répertoire* au mot Concubinage, propose un système qui a été en partie suivi par la jurisprudence.

En principe, il est admis que les concubins peuvent se faire des libéralités, mais on établit des distinctions.

Si l'un des concubins se dessaisit immédiatement de son bien au profit de l'autre, s'il lui en transmet aussitôt la jouissance et la propriété, nous nous trouvons en face d'une véritable donation.

Si, au contraire, la donation a pour objet une somme ou un bien qui reste dans le patrimoine du donateur, elle oblige seulement à payer ou à transmettre plus tard la somme ou la chose remise, c'est moins une donation qu'une obligation de donner. Dans le premier cas, quand il y a véritable donation, l'article 1131 ne s'applique pas, car la cause de cette

1. D. 60.1.255.

donation est l'intention libérale du donataire (1). Dans le deuxième cas, quand le donataire s'est simplement obligé de donner, n'étant pas en présence d'une donation proprement dite, on examine la cause; si la cause a pour but soit l'établissement, soit la continuation des relations coupables, la libéralité doit être annulée. Dans ce cas la pseudo-donation devient une sorte de marché honteux dans lequel la somme promise est, selon l'expression de la jurisprudence, « le salaire du vice ». La jurisprudence s'est encore ralliée à cette manière de voir (2).

Elle valide les donations quand elles sont faites dans une pensée désintéressée et elle marque même une préférence pour celles qui sont faites après que toutes relations ont cessé.

D'ailleurs dans l'ancien droit, nous trouvons dans la coutume d'Anjou, article 342 et dans celle du Perche, article 354 que l'on maintenait la donation que les concubins se faisaient après la cessation de leurs relations, pourvu « que les parties ne recourussent à icelui péché ».

Un arrêt de la Cour de cassation de 1890 tranche la question dans ce sens (3) et cet arrêt décide

1. Cassation, 2 juillet 1866. D. 66.1.378. — Cass., 10 août 1885. D. 86.1.212.

2. Cassation, 26 mars 1860. D. 60.1.255. — Cass., 4 janv. 1897. D. 97.1.126. — Cass., 21 mars 1898. S. 1903.1.403. — Dijon, 22 mars 1900. D. 1901. D. 45.

3. Cité par Merlin, *Répertoire de jurisprudence*.

nettement que le concubinage qui a cessé au moment où le testateur dispose au profit de son ancienne concubine ne peut servir de prétexte pour critiquer les dispositions faites en faveur de celle-ci.

Mais les tribunaux qui, comme nous l'avons vu, cherchent à ne valider que les donations faites dans un but désintéressé, qui ont annulé les donations faites au cours du concubinage, qui tendent à les annuler quand le donateur ne se dessaisit pas de son bien, valident les legs faits à une concubine quoique le testateur ne se dépouille de rien du tout de son vivant !

A ce propos, nous citerons le commentaire de M. Planiol publié en note au Dalloz sous un arrêt de la Cour de Rennes du 7 mars 1904 (1), dans lequel il montre les diverses tendances jurisprudentielles :

« Les concubins sont autorisés à se faire réciproquement des libéralités. C'est ce que décident de nombreux arrêts (2). Toutefois leur liberté n'est pas entière et leurs libéralités sont souvent annulées ; mais les legs sont toujours validés (3) ; les donations entre vifs sont annulées lorsqu'elles ont été faites au cours du concubinage ; elles sont considérées comme

1. D. 1905.2.305.

2. Paris, 14 novembre 1894. D. 95.2.115. — Paris, 12 mai 1898. D. 98.2.313. — Toulouse, 1900. D. 1901.2.313.

3. Jurisprudence précitée à la note 2, Paris, 15 février 1893. D. 93.2.416.

ayant pour but l'établissement des relations coupables et constituent moins des donations que des marchés honteux et leur cause est illicite (1).

« Pourquoi cette distinction. Le testament est un des moyens des plus sûrs pour retenir une concubine ; il peut être fait durant le concubinage. Une femme avisée préférera toujours un legs qui n'est jamais annulé. Un seul procédé offrirait aux concubins plus de sécurité que les testaments, c'est le don manuel. »

Donc, pour les legs et testaments, la jurisprudence est plus large. Mais si le concubinat ne constitue pas à lui seul une cause d'annulation, il peut être invoqué à l'appui d'une demande en nullité pour cause de suggestion ou de captation, dirigée contre une disposition à titre gratuit.

C'est en ce sens que Laurent cite un attendu de la Cour de Lyon :

Si en principe général le concubinage n'entraîne pas la nullité des avantages que les concubins peuvent se faire, les circonstances dans lesquelles ces dispositions ont été faites peuvent néanmoins prouver clairement que le donateur ne jouissait pas de la plénitude de sa raison (2).

1. Très nombreuses jurisprudences. Voyez Dalloz 1905.2.305 en note.

2. Laurent, t. II, n° 136.

Un autre jugement du tribunal de la Seine, en date du 10 novembre 1893, se prononce également dans le même sens :

Attendu qu'aux termes de l'article 902 du Code civil, toutes personnes peuvent disposer ou recevoir, soit par donation, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.

Que l'influence qui résulte de ce genre de relations peut bien être un élément de captation, mais ne suffit point pour la constituer ; qu'il faut en outre que cette influence ait été exploitée à l'aide de manœuvres ou d'insinuations mensongères (1).

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 25 juin 1900, décide que le fait même prouvé de concubinage ne suffit pas à faire annuler la disposition entre vifs s'il n'est pas établi que le testateur a agi sous l'empire de la passion.

Attendu que s'il était nécessaire de rechercher les motifs de la libéralité, on les trouverait suffisamment dans le désir qu'il avait de récompenser la dame E... des soins assidus et constants qu'elle n'a cessé de lui prodiguer dans les dernières années de sa vie, alors que les membres de sa famille ne paraissent pas lui avoir témoigné l'affection et l'attachement sur lesquels il était en droit de compter (2).

Pour ce qui est de l'élément de captation, les juges du fait apprécient souverainement la question de savoir si les manœuvres employées ont ou non le

1. D. 95. 2. 115.

2. D. 1901. 2. 353.

caractère dolosif, et si elles ont été de nature à porter atteinte à la liberté morale du testateur (1).

Les donations sont donc maintenues par la jurisprudence toutes les fois qu'il n'est pas nettement indiqué qu'elles ont pour but de nouer ou de maintenir des relations illicites.

Mais quelle sera la preuve que le concubinage est la cause de la libéralité ? S'il résulte de l'acte lui-même d'une façon nettement formelle que le concubinage est la cause de cet acte, il n'y a pas de doute possible, la libéralité doit être annulée ; mais si, au contraire, cette preuve n'est pas faite par l'acte lui-même, alors la donation devra rester valable, car on ne pourrait faire du concubinage un empêchement pour ces donations. En ce sens un jugement de Montdidier du 20 janvier 1865 :

Attendu qu'une disposition testamentaire ne peut être entachée de nullité pour cause de concubinage qu'autant que l'acte lui-même énoncerait clairement que le but du testateur a été la formation de la continuation des relations immorales ; or, comme l'acte ne porte pas le concubinage comme cause de cet acte, il n'y a pas à suppléer à son silence.

Le 9 août 1865 la Cour d'Amiens confirme le jugement attaqué ; et la Cour de cassation rejette le pourvoi des héritiers naturels (2).

1. Limoges, 6 février 1889. D. 90. 2. 73.

2. D. 66. 1. 377.

S'il en était autrement, ce serait créer une nouvelle présomption à l'encontre du concubin semblable à celle établie contre le médecin et le ministre du culte.

Cependant la jurisprudence admet, nous l'avons vu, en matière de preuve du concubinage tous les moyens légaux de preuve, même si le caractère illícite ne ressort pas de l'acte lui-même (1).

Voici en ce sens un arrêt de la Cour de Besançon du 25 mars 1808 :

Le sieur Ebaudy, nonobstant les liens du mariage, avait eu des liaisons intimes, pendant quatre ans, avec la femme divorcée Haspel, née Verchot. Cette femme profita de son ascendant sur Ebaudy pour lui faire souscrire une trentaine de mille francs de billets, à diverses échéances ; et elle avait eu soin de les faire souscrire au profit de personnes interposées, notamment de la demoiselle Jeannon, sa confidente ou sa complice.

Ebaudy, à l'échéance des premiers billets fut vivement poursuivi : il se plaignit d'escroquerie, sa position excita le zèle de M. le procureur général de la Haute-Saône. Les deux femmes furent arrêtées et interrogées ; elles nièrent l'escroquerie, mais le concubinage fut avoué comme réel, et comme ayant été la cause des billets.

Cependant Ebaudy fit des sacrifices ; plusieurs de ses billets lui furent rendus, et la première affaire fut étouffée.

Ultérieurement, il a réclamé deux billets non échus de 5.000 francs qui étaient dans les mains de la demoiselle Jeannon. Celle-ci a prétendu en avoir fourni les valeurs à la Verchot, au profit de qui ils avaient été faits ;

1. Voyez p. 142 et suiv.

elle se prévalait, d'ailleurs, de ce que les billets exprimaient qu'il en avait reçu la valeur de la Verchot.

Jugement du tribunal de première instance qui condamne la demoiselle Jeannon à restituer les deux billets au sieur Ebaudy. Appel. Arrêt confirmatif. Les motifs de l'arrêt sont en substance, « que ces billets ont été le prix des faveurs accordées par la Verchot au sieur Ebaudy, pendant trois ou quatre ans : qu'une semblable cause était illicite, comme contraire aux bonnes mœurs et d'autant plus contraire, que le défendeur était engagé dans les liens du mariage ; que conséquemment les billets fondés sur cette cause sont sans effet, suivant la disposition des articles 1131 et 1133 du Code civil ; que les réponses de la demanderesse à l'interrogatoire subi par elle, les 20 et 21 février 1807, annoncent qu'elle a eu connaissance de cette cause illicite ; et que, d'ailleurs, l'intimité dans laquelle elle a vécu notoirement avec la Verchot et le défendeur pendant les trois ou quatre années qu'a duré leur commerce illicite, ne permet pas d'en douter ; qu'ainsi, à supposer, ce qu'on lui nie, qu'elle ait compté à la Verchot le montant des deux billets dont il s'agit, elle aurait sciemment acheté une obligation sans effet et qu'elle doit se l'imputer » (1).

Ce courant de la jurisprudence peu favorable aux concubins qui tend à faire revivre l'ancienne prohibition « don de concubin à concubine ne vaut » ou tout au moins à limiter la capacité de le recevoir et de donner entre concubins, montre à juste titre la même suspicion que la loi établit pour les époux.

1. *Jurisprudence de la Cour de cassation*, t. IX, 2^e partie, p. 115, cité par *Medin, Rép. de Jurisprudence*, t. III, p. 362.

Nous croyons que les raisons en sont plus fortes et meilleures.

Parallèlement on peut remarquer un autre courant plus nouveau et beaucoup plus favorable aux concubins. Il consiste à considérer la somme donnée ou promise à la concubine comme la réparation d'un dommage matériel ou moral qu'a pu lui causer l'établissement des relations illicites, et à traiter l'engagement souscrit comme la reconnaissance d'un devoir moral ou d'une obligation naturelle.

Mais nous avons examiné cette question dans notre chapitre des obligations. Nous croyons toutefois à une entière indépendance entre ces deux séries d'arrêts. Les deux ont leur raison d'être.

Le courant qui tend à entraver la liberté des libéralités entre concubins se justifie par les scandales provoqués par le luxe effréné et vraiment déprimant qu'affichent certaines femmes entretenues du vivant ou après la mort de leur concubin. Il est surtout fondé sur la légitime suspicion que les relations des concubins portent atteinte à leur liberté morale. Puisque la loi établit des restrictions pour ces mêmes raisons à l'égard des époux, il était naturel et logique que la même suspicion tombe sur les concubins. On a aussi voulu protéger les fortunes bourgeoises dans l'intérêt des héritiers naturels institués par le Code.

C'est là, en tout cas, un nouveau rapprochement de l'union libre et du mariage.

III. — *Liquidation des biens entre concubins.*

De la vie quotidienne de l'homme et de la femme vivant unis naissent une foule d'intérêts communs. En unissant leur existence ils confondent leurs biens; une communauté d'intérêt y trouve sa source. Pour les époux légitimement mariés, cette communauté de vie et d'intérêt forme une communauté légalement reconnue et organisée. Le concubinage ne peut produire ces effets quelle que soit sa durée, quelle que soit l'importance des intérêts.

Le mariage est à lui seul un contrat qui se forme et se dissout selon des règles bien établies, la sécurité juridique est assurée par la loi. Dans le concubinat il n'est rien de pareil; point de contrat, point de sécurité, point de communauté organisée.

Cette solution est tout à fait logique; il ne saurait naître de lien juridique quelconque d'une institution extra-juridique. Voici le point de vue où se place la jurisprudence (1) :

Attendu que si l'existence du mariage établit de plein droit entre les époux une communauté de biens dont le législateur a déterminé les limites, cela tient à ce que le mariage constitue à lui seul un contrat par lequel

1. Bordeaux, 13 juin 1867. D. 68. 2. 222.

deux personnes mettent en commun leur existence tout entière et par suite les biens qu'ils peuvent posséder ou acquérir, mais que le concubinage ne saurait engendrer de pareilles conséquences ;

Que l'union des concubins formée par un caprice peut se dissoudre par un caprice contraire ; que cette union d'une durée toute arbitraire, sans but légitime, n'est qu'un simple fait repoussé par la morale et qui ne peut produire aucun effet civil quant aux liens de l'homme et de la femme ainsi liés par ces relations illicites (1).

Certes les concubins peuvent former entre eux une société civile ou commerciale : à condition qu'ils observent les règles légales, ces sociétés existent et rien ne peut les faire considérer comme illicites ; mais lorsqu'aucun contrat écrit n'existe, la simple collaboration ne saurait suffire et la société serait nulle.

Lorsqu'une société se trouve nulle sans que son objet soit illicite, on la considère comme une *société de fait*, et on procède de sa liquidation et au partage « d'après » les principes généraux et les règles de l'équité, afin que personne ne s'enrichisse injustement aux dépens d'autrui (2).

Sur l'existence possible d'une société de fait entre concubins, nous avons un arrêt de la Cour de cassa-

1. Dans le même sens : Paris, 13 juin 1872. D. P., 68. 2. 922. — Paris, 19 août 1851. D. P., 54. 2. 84.

2. Cass., 7 mars 1888. D. 88. 1. 349 et Cass., 5 mai 1902. D. 1903. 1. 207.

tion du 12 novembre 1907. Il résulte de cet arrêt que l'état de concubinage ne peut être invoqué ni comme principe ni comme preuve d'une société de fait dispensant l'alléguant de faire la preuve conformément au droit commun.

Mais sous la réserve de cette preuve, qui, dans l'espèce, résulte des énonciations d'un acte authentique, la convention par laquelle deux personnes vivant maritalement mettent en commun leurs biens, leur travail et leur industrie, est licite.

Attendu qu'il résulte dudit arrêt qu'il s'est formé en 1876 entre la dame Martin et le sieur Lefort une société de gains, qui pour n'être point la communauté légale, ne conférait pas moins à la défenderesse le droit sur lequel elle se fonde ;

Que la vente dont elle réclame le prix a été consentie conjointement par Lefort et Françoise Martin ; que les biens qui en font partie sont déclarés appartenir à l'un et à l'autre, et que le prix est stipulé payable à tous deux... La Cour admet la possibilité d'une société de gains (1).

Ainsi la Haute-Cour admet l'existence d'une société entre concubins quand elle ressort d'un acte écrit.

Le concubin qui négligerait de se prémunir d'un écrit aboutirait à se voir priver des gains et bénéfices

1. D. 1909. 1. 63.

du à son travail et à son industrie. La loi exige que l'intention de se mettre en société soit prouvée par écrit (art. 1834).

Pour obvier à ces résultats trop durs, la jurisprudence s'est montrée très hardie. Elle admet la preuve par témoins et même les simples présomptions lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit. Les tribunaux poussent leur indulgence jusqu'à faire ressortir ce commencement de preuve d'un interrogatoire sur faits et articles, subi par l'un des concubins au cours de l'instance.

Dans un arrêt du 8 mars 1889, la Cour de Lyon admet l'existence d'une société universelle de gains entre concubins et la fait ressortir de : « 1° Un commencement de preuve par écrit puisé dans l'interrogatoire sur faits et articles du sieur S..., de ses déclarations à la barre, de ses faits à lui personnels ; 2° d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes qui valent la preuve écrite, et qui montrent qu'ils avaient confondu leurs biens en même temps que leurs existences, unissant leurs efforts, leur travail et leur industrie pour créer et faire prospérer ensemble un commerce dont les résultats devaient être communs pendant la vie en concubinat, et qui seraient partagés quand il viendrait à cesser pour une cause ou pour une autre » (1).

1. Lyon, 8 mars 1889. *Le Droit*, 2 avril 1889.

Du moment qu'il y a le moindre commencement de preuve par écrit, la Cour admet comme présomptions graves, précises et concordantes justement le fait de vivre en concubinat.

Cette tendance de la jurisprudence s'affirme de plus en plus. Voici une espèce des plus intéressantes parce qu'aucune preuve n'existait et que les deux concubins étant morts, l'interrogatoire sur faits et articles ne pouvait avoir lieu (1).

Le sieur Baur, ouvrier, possesseur d'un petit pécule, fait ménage commun à partir de 1853 avec une dame Métrier, que son mari avait abandonnée, et à l'aide de modestes ressources fonde un commerce de brocantage d'abord, de curiosités ensuite ; le commerce prospère si bien qu'au décès de Baur, en 1884, il laisse un actif de 600.000 francs.

Il était seul titulaire de la maison de commerce pour laquelle aucun acte d'association n'avait été passé ; mais la dame Métrier y occupait le nom, les apparences et l'autorité de la femme légitime. Elle dirigeait elle-même la vente des objets dont Baur faisait l'acquisition.

Décédée en 1887, ses enfants munis d'un testament de Baur daté de 1867 en leur faveur, se font envoyer en possession à la mort de ce dernier, mais ils furent

1. Trib. de la Seine, 26 juill. 1889 et Cour de Paris, 16 mai 1890.
Gaz. des Tribunaux, 20 mai 1890.

évincés par les époux Bourdin depuis quelque temps au service de Baur, et munis d'un testament en leur faveur daté de 1882 et ignoré jusque là.

Les enfants prétendirent alors que par suite de la communauté d'intérêts qui avait existé pendant trente-deux ans entre leur mère et le sieur Baur, il s'était formé une société universelle de gains et formulèrent une demande principale tendant à faire procéder à la liquidation de cette société et au partage des biens en dépendant, — et une demande subsidiaire en vue d'obtenir du chef de leur mère, en représentation de l'emploi constant de son travail, de son intelligence et même de son apport en capitaux, une indemnité évaluée à raison de 10.000 fr. par an à 320.000 francs. Le tribunal de la Seine leur octroya 50.000 francs comme prix du salaire de la femme Métrier. Ils en appelèrent. La Cour n'avait plus l'expédient jurisprudentiel de considérer comme commencement de preuve par écrit les réponses à un interrogatoire sur faits et articles, les deux concubins étant morts :

Aussi elle constate que :

« Le concubinage ne peut par le fait seul de son existence créer une communauté de biens ; — qu'il n'est justifié d'aucun acte constatant une association dont les héritiers Métrier ne sont plus en mesure de faire la preuve autorisée par la loi ; — que les faits et documents établissent nettement que la dame

Métrier n'occupait pas une position de salariée. »

Après avoir constaté le succès de l'entreprise dû à une collaboration continuelle, la Cour considère :

« Que cette situation commerciale... bien qu'elle ne soit pas constatée par un acte régulier, et échappe légalement à une définition rigoureuse, n'en a pas moins la valeur d'un fait matériel qui s'impose et doit se résoudre par l'application des règles générales de l'équité et du droit ; — que le fait, en effet, crée entre les parties un lien de droit, des obligations réciproques, qui ne sauraient permettre à l'une d'elles, sans une souveraine injustice, de s'appropriier exclusivement le produit de l'industrie exercée en commun pendant de longues années.

La collaboration étant prouvée, la Cour pouvait reconnaître la société de fait aussi bien ici que dans d'autres espèces. Pourtant elle attribue 100.000 fr. à titre d'indemnité au consort Métrier.

Les motifs pour repousser la société de fait furent que les pièces portaient le nom de Baur, que le testament indiquait sa propriété et, l'incapacité de la femme mariée.

Mais une société de fait implique nécessairement des imperfections qui justement l'empêchent d'être une société normale pour la phase écoulée (1). Les

1. Cass., 7 mars 1888. S. 88. 1.103. — Cass., 18 juillet 1893 S. 94. 1. 35. — Cass., 5 mars 1902. S. 05. 1. 41. — Et entre époux séparés de biens : Lyon, 31 juillet 1867. *Revue de not. et enreg.*, 1868, n° 2004.

tribunaux auraient peut-être l'expédient de considérer la société de fait formée entre concubins comme société en participation, qui peut être prouvée par « la représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale » (art. 49 du C. comm.).

Encore ce genre de sociétés ont-elles des caractères spéciaux et les tribunaux se refusent de voir dans les sociétés formées entre concubins des associations en participation.

Ainsi la Cour de Paris, dans un arrêt du 19 août 1851, sur appel d'un jugement du tribunal d'Avallon du 6 juin 1851 (1), déboute les demandeurs, qui prétendaient se trouver devant une société en participation en disant :

« Qu'il n'y avait pas participation alors qu'on met en commun tous les gains et bénéfices à quelque titre que ce soit ; il ne peut y avoir que société universelle de gains, mais qui, à la différence de la participation, ne peut être prouvée par témoins. »

D'une manière générale, la jurisprudence tend à protéger le concubin qui dans une entreprise en commun aurait omis de se prémunir de la preuve régulière.

On ne saurait lui faire grief de son manque de précision : elle doit pourvoir à des situations non organi-

1. S. 52. 2. 210 et note.

sées, difficiles à caractériser, et, avant tout, satisfaire l'équité suivant les circonstances. D'une manière générale, elle n'a pas à rechercher si la société de fait est commerciale ou civile, mais il faut remarquer que la société universelle de gains qui est la plus souvent reconnue, mais qui ne saurait avoir un caractère exclusivement commercial, naît dans toutes les espèces que nous avons examinées, à l'occasion d'opérations commerciales.

Dans notre étude le caractère et le genre de la société importent moins : le mode selon lequel les charges seront acquittées pourra servir à déterminer le degré de communauté, *lato sensu*, qui existe entre concubins ; ce qui importe, c'est la reconnaissance même de cette société.

Nous avons vu que le commencement de preuve par écrit est toujours demandé. La jurisprudence se heurte à l'article 1834 qui exige d'une manière formelle l'écrit sans toutefois écarter les dispositions énoncées au titre « des preuves » et notamment l'article 1347.

Il ne serait pas exact de dire que l'article 1834 ne regarde que les sociétés régulières, pour la raison que la jurisprudence reconnaît l'existence d'une société de fait là où elle annule une société normale, et parant se dispenser du commencement de preuve écrite ; il ne s'agit pas de voir si la société est ou non régulière, il s'agit de savoir si elle existe. L'article 1834

a pour but de proscrire le mode de formation des anciennes « sociétés taisibles » qui s'établissaient sans écrit et même sans conventions expresses par le seul fait de la vie en commun pendant plus d'une année (an et jour).

La jurisprudence est allée aussi loin qu'elle a pu, elle est allée jusqu'à tenir compte des conditions de la vie en commun (arrêt précité, Lyon 3 mars 1889) sans toutefois tenir le concubinage en lui-même pour une présomption.

Il y a depuis le vote sur la loi de la recherche de la paternité un exemple dont elle pourrait s'inspirer. La loi admet comme présomption de paternité le concubinat, si les concubins vivaient ensemble au moment de la conception. Elle pourrait ainsi satisfaire l'équité. Mais ce serait faire revivre les sociétés taisibles de l'ancien droit. Nous n'y voyons du reste pas un grand inconvénient.

En s'inspirant de cette nouvelle loi, la jurisprudence pourrait admettre le concubinat comme présomption grave, peut-être précise et selon les circonstances concordantes, de l'intention de se mettre en société ; ce serait favoriser l'esprit d'initiative et le travail, ce qui nous semble chose très morale ; ce serait satisfaire la justice individuelle et l'intérêt social du même coup.

Mais la solution ne serait pas très juridique à cause de l'article 1834 ; aussi souhaitons-nous que la

législation dispense les concubins de la preuve par écrit quand il y a vie en commun de longue durée et d'autres faits et circonstances qui fassent indubitablement ressortir l'existence d'une société entre concubins.

IV. — *Obligations contractées
par la concubine pour satisfaire aux charges
du ménage commun.*

Supposons deux individus, librement unis. Leur union extra-juridique a toutes les apparences du mariage ; souvent la femme emprunte la nom de son concubin.

La femme passe journellement des actes avec les tiers pour les besoins du ménage et l'entretien de la famille : achats de vivres, de vêtements et de toutes sortes de fournitures ; marchés de travaux pour les menues réparations ; louage d'ouvrage, de serviteurs et d'ouvriers.

Les fournisseurs n'hésitent pas : trompés par les apparences, ils font crédit. Quelle est leur situation quant au lieu de se trouver en face d'un ménage régulier, comme ils le pensaient, ils se trouvent devant une union libre.

Le fournisseur qui aurait traité avec une femme

mariée est protégé. Quoique ces actes de la vie courante n'aient pas été prévus par des textes, leur validité n'est cependant pas douteuse, non plus que l'obligation qui en résulte pour le mari : celui-ci est tenu de remplir les engagements pris par sa femme tant qu'il ne lui a pas retiré son pouvoir. Quelle est la qualification juridique de ce pouvoir ?

Si elle agit en vertu d'un mandat, elle n'oblige que son mari ; si c'est en vertu d'une autorisation, elle s'obligera elle-même en même temps que son mari (1).

Dans l'opinion générale la femme est mandataire (2). En plus il est admis que ce mandat est tacite ; il n'est besoin d'autorisation expresse ni écrite ; de plus il est révocable. Mais la révocation doit être expresse : un avis collectif aux fournisseurs ne suffirait pas ; il faut des notifications individuelles (3).

Mais quel est le fondement de ce mandat ? Est-il le corollaire des obligations du mari envers sa femme et sa maison ou bien dérive-t-il de la cohabitation ?

Dans l'ancien droit, la chose n'est pas douteuse, étant limitée aux strictes nécessités du ménage, il

1. Voyez cependant Planiol, t. I, n° 958 et l'étude de Cheron sur l'adage. *Uxor non est socia*.

2. Cass. 11 fév. 1826. S. 26. 1. 332. — Paris, 9 août 1856. *Gaz. des Trib.* 9 et 10 août 1856.

3. Cass. 16 juillet 1886. D. 91. 1. 158.

ne saurait dériver que de la cohabitation. Voici un extrait du projet d'arrêté de Lamoignon :

« L'obligation de la femme faite sous l'autorité du mari pour l'achat des victuailles, des provisions ordinaires de la maison, des marchandises de drap, linge et autres étoffes servant à l'usage nécessaire et ordinaire est valable. »

En droit moderne cette limitation n'est point suivie et la jurisprudence va jusqu'à dire que ce mandat autorise la femme à contracter des emprunts au nom de son mari et de la communauté (1). De plus, il est admis par la Cour de cassation que ce mandat subsiste même après que les deux époux ont rompu la vie commune et qu'ils sont séparés de fait (2). Sur ce point la jurisprudence n'est pas unanime nous avons un arrêt ne partageant pas cette manière de voir (3).

A part cette exception, l'examen de la jurisprudence donnerait à penser que ce mandat, indépendant de la cohabitation et non limité aux charges du ménage, est fondé sur l'obligation du mari de pourvoir à l'entretien de sa femme.

Pour soutenir que ce mandat tacite a pour base la vie commune, on dit qu'il cesse à l'ordonnance du

1. Cass., 17 déc. 1901. D. 1903. 1. 153.

2. Cass., 18 fév. 1844, S. 44 1. 662 et Paris, 5 janv. 1904. D. 1905, 2. 249.

3. Besançon, 25 juil. 1866. D. 66. 2. 491.

président autorisant la femme à résider ailleurs que chez son mari, et s'il intervient un jugement de séparation de corps, ses effets remontent à l'ordonnance du président, c'est-à-dire à la séparation légale : cependant le mariage subsiste ; ce n'est que la vie commune qui a cessé.

Ce raisonnement a ceci de fondé qu'il se rapporte à la séparation légale ; en effet le mariage est un état légal et l'on n'a pas à tenir compte d'une séparation de fait ; il est donc logique que le mandat subsiste dans le cas d'une séparation de fait et qu'il ne cesse qu'à partir de la séparation légale.

A quelque point de vue qu'on se place, la femme mariée a un mandat tacite. Il n'en est pas de même pour la concubine. Partant de l'idée qu'aucun lien juridique n'unit les deux concubins, la jurisprudence se refuse énergiquement d'admettre toute idée de mandat.

Par conséquent une femme qui vit en concubinage ne peut engager son concubin ; celui-ci ne peut être tenu, alors même qu'elle aurait fait usage de son nom, de payer les fournitures qu'elle s'est fait délivrer sous ce nom. La vie commune ne crée pas de lien juridique, et les tiers commettent une imprudence en ne se renseignant pas.

Nous n'avons sur la question que très peu de jugements, ceci tient sans doute à l'importance minime des fournitures qui se font journellement pour les

charges du ménage. On ne va pas en justice pour n'avoir pas à payer les frais. Voici toutefois un arrêt du tribunal civil de la Seine du 11 décembre 1901.

Un nommé Lang, habitait avec une fille Gillot, et celle-ci avait pris son nom du consentement même de Lang. C'est donc au nom de son amant qu'elle avait fait des dépenses, qui se montaient à environ 1800 francs, chez un fournisseur qui lui avait fait crédit à cause des renseignements qu'il avait recueillis sur Lang. Cependant, au moment de payer, Lang se déroba, prétendant n'être nullement engagé vis-à-vis de ce fournisseur puisque jamais il n'avait rien commandé personnellement.

Le Tribunal de la Seine se prononça le 11 décembre 1902 :

Le tribunal : Attendu que, par exploits des 20 décembre 1900 et 27 février 1901, Lotte et Compagnie réclament une somme de 2.948 francs pour paiements de fournitures : 1^o A la demoiselle Gillot, dite Lang, 2^o à Lang ; Attendu que Lotte et Compagnie ont fait des fournitures à la demoiselle Gillot dite Lang ; que celle-ci doit être condamnée à en payer le montant ; Attendu que Lotte et compagnie demandent que Lang soit condamné conjointement à leur payer ladite somme ; qu'ils prétendent que Lang cohabitait avec la demoiselle Gillot ; qu'il l'a autorisée à porter son nom ; que les fournitures n'ont été faites qu'en raison des renseignements fournis sur la solvabilité de Lang ; qu'il y avait

une association de fait ; qu'en autorisant cette cohabitation, et l'usage de son nom, Lang prenait envers les tiers, l'engagement, tout au moins tacite, d'acquitter, ainsi qu'il l'a toujours fait, les engagements contractés sous son nom par la demoiselle Gillot ; que, subsidiairement, Lang leur aurait causé un préjudice dont il leur doit réparation, par application de l'article 1302 du Code civil et qu'ils fixent à la somme de 2.948 francs, qu'à l'appui de leur demande, Lotte et Compagnie articulent et offrent de prouver certains faits énumérés dans leurs conclusions du 30 octobre 1901. Attendu que Lotte et Compagnie ne peuvent prétendre à l'existence d'un mandat tacite donné par Lang à la demoiselle Gillot ; que le mandat tacite donné par un mari à sa femme résulte des circonstances impliquant nettement l'idée que celui qui agit au nom d'une autre personne est investi du pouvoir d'agir ; que le mariage crée des droits et des obligations réciproques ; qu'entre autres, le mari doit fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie ; que la femme, selon les mœurs et coutumes, a la charge de diriger l'intérieur du ménage, et par suite, le droit d'obliger son mari, dont elle porte légalement le nom en ce qui concerne l'acquisition des comestibles, provisions ordinaires, vêtements, etc., qui sont des choses nécessaires à la vie commune. Mais, attendu que telle n'est pas la situation des défendeurs ; que si la demoiselle Gillot a pris le nom de Lang qui n'était pas son mari, que si elle s'est fait délivrer des fournitures sous ce nom, ces faits ne sauraient établir un lien de droit entre Lotte et Compagnie et Lang ; que si Lotte et Compagnie prétendent n'avoir fait crédit à la demoiselle Gillot qu'à cause de la vie commune exis-

tant entre elle et Lang, ils ont commis une imprudence en ne se renseignant pas sur la situation respective des défendeurs. Attendu que Lotte et Compagnie ont allégué un certain nombre de faits tendant à prouver que Lang avait autorisé la demoiselle Gillot à porter son nom, aurait cohabité avec elle et aurait pris l'engagement tacite d'acquitter les fournitures commandées par la demoiselle Gillot. Mais attendu que ces faits tendraient à établir l'existence d'un mandat verbal; qu'en l'absence de tout écrit et en raison du chiffre de la demande qui est supérieure à 150 francs, il y a lieu, conformément aux articles 1985, 1343 et 1347 du Code civil, de débouter Lotte et Compagnie de ce chef. Par ces motifs : Condamne la demoiselle Gillot dite Lang à payer à Lotte et Compagnie la somme de 2.948 francs avec les intérêts de droit; Déclare Lotte et Compagnie mal fondés en leur demande, fins et conclusions contre Lang, les en déboute, etc. » (Du 11 décembre 1901. Tribunal civil de la Seine, 6^e ch.) (1).

Et la jurisprudence est unanime en cette matière (2). Il serait cependant juste et utile d'accorder aux tiers une garantie. Bien entendu, il ne s'agit pas d'union passagère, mais de gens qui vivent ensemble et dont l'union, où la femme porte le nom de l'homme, a toutes les apparences du mariage. La jurisprudence reproche aux fournisseurs de ne pas s'être renseignés ! mais, véritablement, peuvent-ils le faire ?

1. Dalloz, 1902. 2. 134.

2. Dans le même sens : Trib. Seine, 6 janv. 1902. D. 1904. 2. 238.

Ne risquent-ils pas d'indisposer et de perdre leurs clients en enquêtant sur leur état civil.

Ainsi, pour ne pas donner aux concubines les avantages de la femme mariée on sacrifie les tiers de bonne foi.

Le mandat tacite est reconnu aux domestiques quand son existence résulte des habitudes de la maison, et l'esprit de la loi permet de l'accorder dès qu'il y a existence commune (1).

Mais ce mandat suppose un lien quelconque, et les juges ne veulent faire découler aucun lien juridique de l'union libre comme si cela devait porter atteinte à la dignité du mariage. Eh bien ! qu'on accorde aux tiers de bonne foi une action *de in rem verso* fondée sur l'enrichissement sans cause.

La théorie de l'enrichissement sans cause, est, comme celle de la faute, susceptible de recevoir son application dans une foule de cas. Mais nos jurisconsultes ne paraissent pas en général en faire souvent application. MM. Aubry et Rau sont les premiers à l'avoir traitée d'une manière générale (2).

Néanmoins, cela n'est pas douteux, le principe romain subsiste dans notre droit ; c'est une règle d'équité : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* (3).

1. Justice de Paix de Dunkerque, 10 janv. 1901. D. 1903. 2. 305.

2. T. IV, 576.

3. Digeste, liv. L, tit. XVII, fr. 206.

Comme la répression du dol, c'est une des rares règles qui domine toutes les lois.

La Cour de cassation, le 15 juin 1892 (1) a déclaré que cette action ne peut être soumise à aucune condition déterminée; il suffit que l'enrichissement ait été obtenu sans juste cause.

Dans le cas présent, cette action *in rem verso* peut être donnée sans aucun inconvénient et sans qu'aucune théorie juridique s'y oppose, aux fournisseurs, contre le concubin qui, dans l'existence commune, a profité des fournitures sans rien déboursier.

Qu'on ait en vue l'intérêt des tiers qui n'ont aucune faute à se reprocher, si l'on pense que celui des concubins n'est pas digne d'attention.

Il serait peut-être socialement utile de faciliter le crédit aux ménages et surtout aux femmes de la classe laborieuse, où l'union libre se pratique de plus en plus, et où les époques de chômage sont fréquentes et dures. L'action *in rem verso* aurait cet avantage qu'elle n'exigerait pas la bonne foi des fournisseurs : ils pourraient faire crédit tout en sachant que le ménage n'est pas légalement uni.

L'intérêt des tiers est modique, quel peut être le montant de ces fournitures ! Rarement on ira en justice pour ces peccadilles, mais on ne fera pas crédit. Or, il importe de faciliter la vie à ces faux ménages

1. D. 92. 1. 596.

ouvriers qui, après tout, font plus d'enfants que les vrais ménages aisés.

Qu'on ne craigne rien, cette faveur ne profitera pas au monde de la galanterie, les amants de cette sorte passeront difficilement pour être mariés.

CHAPITRE III

LA RÉGLEMENTATION DE L'UNION LIBRE

On vient de voir que malgré le silence du Code, la solution des litiges relatifs à l'union libre n'est pas abandonnée au hasard : il s'est formé une jurisprudence de plus en plus cohérente et précise dont la tendance est de faire produire au concubinat des effets analogues à ceux du mariage. Commençons par la résumer en en signalant au besoin les lacunes.

La jurisprudence tend à admettre la responsabilité du séducteur vis-à-vis de la femme non seulement en cas de manœuvres dolosives ou de contrainte morale, mais en raison du simple préjudice causé. Elle reconnaît l'existence à la charge du concubin « d'obligations naturelles » en cas d'abandon, surtout quand la liaison a été longue et que la femme est parvenue à un âge « où il lui est difficile de recommencer sa vie ». Elle incline à valider l'engagement

pris par l'homme de subvenir aux besoins éventuels non seulement de la femme, mais de l'enfant, même non reconnu, et ce malgré un texte formel du Code. Elle tient compte et de l'âge de la femme séduite et de sa valeur morale et de sa conduite avant et pendant le concubinat. Elle ne répugnerait donc pas à admettre les principes qui ressortent du projet présenté par M. Henry Coulon au Comité pour la réforme du mariage et déposé ensuite par M. Desplas à la Chambre :

ARTICLE PREMIER.— Celui, qui par tromperies graves, promesses ou autres manœuvres fallacieuses, détermine une fille ou une femme à consentir à des rapports sexuels hors mariage, est tenu de réparer le dommage causé dans les termes de l'article 1382.

ART. 2. — Lorsqu'une fille ou une femme a cohabité avec un homme, si elle n'a commis aucune faute grave de nature à provoquer la rupture de la cohabitation, elle peut exiger, en cas de rupture, un dédommagement en argent pour le dommage causé à sa personne ou à ses biens.

ART. 3. — Ce droit n'est pas transmissible, à moins qu'il n'ait été convenu par contrat.

ART. 4. — L'action est prescrite par deux ans à partir de la rupture.

ART. 5. — Dans le cas où la séduction suivie de cohabitation a déterminé une grossesse la preuve, pour s'opposer à l'action en dommages-intérêts, incombe à celui qui est poursuivi comme séducteur. Dans tous les

autres cas la preuve incombe à la personne qui se plaint d'avoir été séduite.

Ce projet, dont l'article 5 ne fait pas double emploi avec la loi autorisant la recherche de la paternité mais au contraire la complète heureusement et efficacement, nous paraît conforme à l'intérêt social et serait facilement accepté par l'opinion qui, à mesure qu'elle se montre plus indulgente pour les irrégulières, tend à être plus sévère pour ceux qui les abandonnent en esquivant les responsabilités.

En ce qui concerne les obligations contractuelles entre concubins, la jurisprudence ne les annule qu'au cas où elles ont pour cause unique le concubinat et surtout lorsqu'il est prouvé que leur but est l'établissement de la continuation des relations coupables. Elle rejette dans tous les cas toute répétition pour les dons faits à une concubine. En matière de libéralités entre concubins, elle adopte la distinction due à Merlin et devenue classique entre la donation effective et l'obligation de donner : la question de savoir si la cause est immorale, qui n'est posée que dans ce dernier cas, est régulièrement résolue par la négative toutes les fois où la date de la libéralité est postérieure à la rupture des relations coupables, et, de plus en plus généralement, est considérée dans les autres cas comme la reconnaissance des services rendus, sauf quand elle est par trop considérable ou par trop

disproportionnée avec la situation ou les ressources des concubins. Ces restrictions se justifient d'elles-mêmes : la loi limite les libéralités entre époux ; il serait scandaleux de créer un privilège en faveur de l'union libre.

Nous croyons qu'il vaudrait mieux, dans tous les cas, renoncer à prendre en considération l'immoralité de la cause et que sous la pression de l'opinion on sera amené dans un bref délai à n'en plus tenir compte.

Sans doute la jurisprudence a-t-elle jugé que les libéralités se limitent nécessairement aux ressources disponibles, tandis que les promesses ouvrent un champ par trop illimité aux entraînements de la passion. Sans doute a-t-elle entendu empêcher de se faire entre concubins des avantages qui ne seraient pas autorisés dans le mariage même ; sans doute a-t-elle voulu couper court à des démêlés scandaleux et souvent stériles en passant l'éponge sur les libéralités acquises, mais en sauvegardant l'avenir.

Toutefois on ne peut s'empêcher de penser que la faute a été partagée et que presque toujours ce sera la concubine qui sera seule punie au grand bénéfice de son séducteur ou des ayants droit de celui-ci. On tend à admettre que dans l'état actuel de la société, où la femme ne peut qu'exceptionnellement se suffire à elle-même, celle qui a dépensé sa jeunesse avec un homme, qui lui a en outre rendu au moins des ser-

vices d'ordre domestique en tenant ou en dirigeant son ménage, a bien le droit d'être indemnisée. Il suffit de tenir compte de l'influence toute spéciale qu'une femme, mariée ou non, est présumée à exercer sur l'homme avec lequel elle vit et de mettre un frein aux libéralités exagérées en sauvegardant les droits des tiers : pour cela point n'est besoin de faire intervenir la cause immorale.

M. Lucien Le Foyer, dans un intéressant travail, n'a pas hésité à considérer le concubinat comme une sorte de bail à terme et s'est appliqué à fixer « les conditions de cet engagement provisoire de telle façon que la femme ne puisse en être la dupe (1) ».

La liquidation des sociétés de fait entre concubins soulève une question délicate et qui se trouve moins nettement résolue par la jurisprudence. On commence seulement, à défaut d'acte écrit, à faciliter en cette matière la preuve par témoins et par présomption, mais on se refuse encore à reconnaître que le concubinat puisse créer une société quelconque entre concubins.

Le développement pris par l'union libre forcera certainement le juge à préciser ses vues sur ce point et à adopter une solution plus libérale. Dans un bref délai, il sera amené à dispenser les concubins de la preuve par écrit, si leur intention de se

1. Dans l'enquête de Coulon et de Chavagnes, *le Mariage et le Divorce de demain*, p. 95.

mettre en société résulte suffisamment de témoignage ou de faits et présomptions graves, précises et concordantes, et ce d'autant plus facilement que la cohabitation aura duré plus longtemps. Pour éviter de choquantes injustices, il lui faudra ensuite en arriver à admettre, pour les concubins qui sont dans les affaires, l'existence de fait d'une société, même quand il n'y aura pas trace de l'intention de se mettre en société, par le seul fait que les deux pseudo-conjoints ont contribué, soit par leur argent, soit par leurs efforts, à la prospérité de l'entreprise commune.

Il s'est donc établi une jurisprudence, en somme assez complète, assez cohérente et assez équitable en ce qui concerne les rapports entre concubins. En revanche le juge ne s'est pas suffisamment occupé de sauvegarder les intérêts des tiers et l'intérêt général.

Il n'admet pas en effet que le concubin soit responsable des achats faits par sa maîtresse, même quand il fait passer ou laisse passer celle-ci pour sa femme légitime. C'est là un vestige de la situation privilégiée que le Code a faite aux mâles dans les relations irrégulières, contre lequel la conscience moderne proteste avec une énergie croissante. Il serait possible, sans qu'une loi spéciale soit nécessaire, de considérer ceux qui se donnent pour époux alors qu'ils ne le sont pas, comme s'accordant entre eux pour faire croire à un fait qui n'existe pas, et

pour en retirer un bénéfice illicite : on les rendrait ainsi solidairement responsables.

La jurisprudence n'a pas trouvé non plus le moyen de protéger les intérêts de l'enfant : l'article 340 du Code civil interdisant la recherche de la paternité lui opposait en effet un obstacle infranchissable. La loi du 16 novembre 1912 qui l'autorise, mais encore bien prudemment, bien timidement, dans certains cas seulement, et qui même dans ces cas laisse pleine liberté d'appréciation au juge, est venue supprimer cet obstacle et combler cette lacune. Elle constitue un premier pas vers l'organisation de la famille naturelle.

Y a-t-il lieu de la compléter en codifiant la jurisprudence que nous venons de résumer, en allant même, comme nous venons nous-mêmes d'en exprimer le vœu, un peu plus loin qu'elle n'ose et qu'elle ne peut aller ? Puisqu'il est impossible aux tribunaux d'ignorer l'union libre, pourquoi la loi continuerait-elle à le faire ?

Nous croyons qu'en effet une réforme est désirable et s'imposera dans un certain délai, mais elle ne nous semble pas encore mûre : l'opinion publique reste en effet, nous l'avons vu, très partagée en ce qui concerne l'union libre.

Sur ce point, comme sur bien d'autres, le droit est en train de se faire et il convient de laisser travailler la jurisprudence à qui il appartient de le prépa-

rer. « Le juge, comme l'a dit M. Saleilles, loin d'être l'instrument passif que l'on prétend est le régulateur de la vie sociale dans ses rapports avec la loi... il sert d'intermédiaire entre la loi et la conscience sociale, en ce sens qu'il doit mettre la loi incessamment au point de l'évolution morale, juridique et sociale... De là l'interprétation incessamment progressive et vivante de la loi par le juge ». Grâce au juge et par le juge « autorité vivante et agissante », le droit s'intègre à nouveau dans la vie sociale. Et c'est toute la conception idéale du juge anglais, renouvelée de celle du juge romain, la plus parfaite que le monde ait jamais connue, un ministre du droit, mais aussi un ministre et un arbitre de l'équité. Si nous aboutissons à ce que l'équité pénètre de plus en plus dans le domaine du droit, c'est encore par voie d'autorité que nous l'y introduisons, comme une règle sociale et non comme un principe de révolte et d'anarchie individuelle (1). »

Ajoutons qu'à mesure que l'accord se fera dans les esprits pour exiger plus de garanties pour la femme même coupable et moins d'indulgence pour le séducteur, la jurisprudence gagnera successivement en précision, en unanimité et en hardiesse. Par le développement seul pris par l'union libre, les abus

1. R. Saleilles cité dans *Corresp. de l'Union pour la Vérité*, 15 mars 1913. p. 13 et 14.

devenant plus fréquents et la répression plus urgente, l'opinion demandera d'elle-même des mesures plus sévères et les magistrats, comme nous avons essayé de l'indiquer, trouveront facilement les moyens juridiques de défendre l'intérêt social menacé. Déjà le temps est passé où l'on se bornait à sourire des fredaines de l'homme pour réserver à sa victime toutes les sévérités. On veut bien que chacun coure après son plaisir mais à condition de ne pas s'éclipser quand vient l'heure des responsabilités.

La cristallisation de la jurisprudence en texte précis ne présentera pas du reste que des avantages. Elle rend l'administration de la justice plus uniforme mais moins simple. Le juge, forcé d'appliquer des textes, ne connaît plus que des cas déterminés d'avance ; il a moins de liberté pour tenir compte et des circonstances et des personnes. Or, en matière de rapports entre les sexes, il n'y a que des espèces et la valeur morale des concubins et surtout de la concubine constitue, dans bien des cas, l'élément prépondérant d'appréciation. Ne vaut-il pas mieux dans ces conditions laisser toute latitude au juge. C'est ce que fait la loi du 10 novembre 1912 ; elle se borne à dire que « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée dans certains cas ». Elle ne dit pas « sera déclarée ».

Enfin, de par son caractère capricieux, instable, irrégulier, l'union libre n'offre à la législation qu'une

base fuyante. Pour nous en tenir à une seule difficulté mais avec laquelle toute législation sur l'union libre aura à compter, si l'on introduit dans la loi certaines prescriptions relatives au concubinat, on sera dans l'obligation de le définir : or, de par sa nature, il échappe à la définition.

La cohabitation est-elle indispensable pour qu'il y ait concubinage ? Avec qui vit en concubinage la femme entretenue qui à l'amant sérieux adjoint un amant de cœur ? L'homme qui a plusieurs maîtresses peut-il s'en prévaloir pour prétendre qu'il ne vit en état de concubinage avec aucune ? Le fait de fréquenter régulièrement une femme qu'on paie et dont par ailleurs on ignore le genre de vie suffit-il pour mettre un homme en l'état de concubinage ? Enfin et surtout, combien de temps les relations doivent-elles durer pour constituer le concubinat ? Huit jours, six mois, un an ? Si nous fixons huit jours, on trouvera avec raison que c'est bien peu. Et pourtant quand une fille encore innocente est séduite par un amant qui disparaît au bout d'une semaine ne devrait-il pas porter toutes les responsabilités d'un concubin ?

Autant de questions presque insolubles que nous devons nous contenter de poser, faute d'y trouver une réponse satisfaisante. Car dans cette intéressante et délicate matière, on est également frappé et de l'urgence des mesures législatives et de la presque

impossibilité de régulariser un état qui, par définition, est l'irrégularité même.

Là où les juristes romains, avec leur esprit précis et pratique, semblent avoir presque complètement échoué, il ne faut pas espérer découvrir facilement les éléments d'une réglementation claire, juste et pratique.

Pour parer à cette objection, le président Magnaud et d'autres avec lui proposent que l'union libre soit soumise à la déclaration. Il veut que l'union, « dite sottement libre, » que la législation antique mieux inspirée reconnaissait « dignement », quand elle a été constatée par l'officier de l'état civil, soit source de « droits familiaux ».

« Pour avoir une police sociale sérieuse, vous admettez..., dit-il, que cette union puisse se constater au préalable par simple procès-verbal, signé des intéressés sur le registre de l'état civil, et se rompre de la même manière à la requête de tous les deux ou même d'un seul. »

Malheureusement cette déclaration ne peut qu'être facultative ; il n'existe aucun moyen d'y contraindre ceux qui ne veulent pas s'y soumettre.

Or il est à craindre que la plupart des hommes ne préfèrent s'y soustraire.

« Cette mesure, dit un féministe, M. Jules Bois, permettrait d'obtenir du père pour les enfants quelques subsides, mais voilà justement le point faible

de la loi. L'homme au cœur dur, qui consent à profiter de la jeunesse et de la beauté d'une « compagne » sans lui donner ce titre aux yeux de tous, acceptera-t-il de se laisser lier par un contrat, si faible soit-il, mais qui lui impose des devoirs ? La femme qui exigerait cette misérable garantie se verrait vite abandonnée ou susciterait la méfiance de son triste partenaire.

« Quel esprit loyal, quel cœur droit ne répugnerait à ce quart d'engagement, à cette tergiversation, à ce bail insolite ? » (1).

La femme aurait en revanche tout intérêt à cette constatation.

« Elle attribuerait à l'enfant les mêmes présomptions de filiation que celles dont bénéficie actuellement avec excès, l'enfant né dans le mariage. Par la facilité et la rapidité de sa conclusion, elle permettrait à la femme près de succomber, de mettre le soupirant au pied du mur. Je veux bien, dirait-elle, mais qu'il m'en soit donné acte » (2).

Ne dira-t-elle pas plutôt : Je veux bien, mais que personne ne le sache.

« A quelque classe qu'elles appartiennent, remarque M. Pierre Louys, elles ne pratiquent jamais l'union libre dans leur propre quartier..., et ne renoncent

1. Jules Bois, dans l'enquête de Coulon et de Chavagnes, p. 93.

2. Président Magnaud, dans l'enquête de Coulon et de Chavagnes, *op. cit.*, p. 129-130.

nullement au mariage futur, lequel ne sera possible que si leur première union est restée secrète. M. Magaud croit qu'elles pensent à l'enfant. C'est justement ce qu'elles prévoient le moins. Non mariées, elles comptent sur leur stérilité volontaire, et, si elles sont naïves sur ce point, ce n'est point leur séducteur qui les détrompera. Quelle est la jeune fille qui, avant de céder, exigera de faire inscrire sur un registre officiel la trace éternelle de sa faute pour être agréable à un enfant dont elle ne veut pas être mère, et qui n'est même pas conçu » (1).

Le voulût-elle, la femme n'osera pas ou ne pourra pas prendre ses sûretés. Dans une ville comme Paris, où les jeunes filles savent généralement à quoi s'en tenir, combien exigent de leur séducteur une promesse de mariage écrite qui, dès à présent, de par la loi, leur assurerait une certaine prise sur lui.

Du reste, en admettant même que l'indissolubilité des unions soit contraire à la nature humaine, le désir de l'indissolubilité est au contraire très naturel. Essayez de proposer à une femme, même très volage, de faire avec elle un bail à terme, pour deux ou trois ans. Vous verrez comment vous serez reçu, surtout si elle vous aime. Votre loyauté paraîtra du mépris. Quelle femme ne se figure pas mériter qu'on lui reste

1. Pierre Louys, dans de Chavagnes et de Coulon, *op. cit.*, p. 119-120.

attaché toute la vie... Quoique l'amour ne soit pas éternel, et peut-être parce qu'il n'est pas éternel, les amants mettent une sorte d'acharnement fiévreux à se jurer qu'ils s'aimeront toujours !

Enfin la déclaration ne donnera pas satisfaction à ceux qui s'en tiennent à l'union libre par principe :

« Une union libre soumise à des lois n'est plus une union libre. Ce qui fait la spécialité et, selon certains, la noblesse de l'union libre, c'est précisément que l'engagement est pris, de l'un et l'autre des conjoints, devant leur seule conscience.

» Dès que vous réglementez cet engagement et qu'une contrainte y intervient pour le présent ou l'avenir, ce n'est plus l'union libre que vous modifiez, mais bien le mariage (1). »

Nous voici rendus, en effet, à la limite de l'union libre et du mariage. « L'union libre légalisée par un officier d'état civil, dit avec raison M. Jules Bois, ce n'est pas l'union libre, c'est une sorte de mariage au rabais, à la grosse, humiliant pour la femme sur laquelle reste suspendue la menace de la répudiation, car on légalisera moins l'union que le droit de se séparer le plus facilement possible (2). »

La seule différence essentielle du concubinat et du mariage serait en effet que dans le premier on

1. *Gil Blas*, 26 décembre 1905.

2. Jules Bois d'après de Chavagnes et Coulon, *op. cit.* p. 95.

pourrait se quitter librement ; encore disparaîtrait-elle le jour peut-être prochain où la loi admettra le divorce par consentement mutuel et par la volonté d'un seul.

A moins qu'on n'entende maintenir le droit des deux conjoints à la polygamie et à la polyandrie ? La question a été posée : « Dans cette union libre légale, demande M. Pierre Louys, punirez-vous l'adultère ? S'il est puni, l'union n'est plus libre du tout, et s'il est impuni, comment imposerez-vous à un père putatif les enfants d'une fille qui a la permission légale de coucher avec tout le monde (1). »

Quoi qu'il en soit, une réforme qui distinguerait deux modes d'union, l'un inférieur, l'autre supérieur, l'un pour ceux que le sort favorise, l'autre pour les déshérités, a peu de chance de plaire à un peuple qui a fait de l'égalité une sorte de dogme.

» Dans la France de 1789, dit M. Weiss, professeur à l'École de droit, il n'y a pas place pour deux mariages, pour un mariage de luxe et un mariage de second ordre ; il ne peut y avoir que le mariage (2). »

Tant que le mariage existera, il fera du tort à l'union libre qui ne sera jamais qu'un mode d'union inférieur, ne jouissant ni des mêmes avantages ni de la même considération.

Elle reste humiliante pour la femme par le seul

1. Pierre Louys d'après de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 121.

2. Weiss, dans J.-Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 116.

fait qu'en l'acceptant elle se résigne à une situation considérée comme inférieure ; on pensera en effet que l'homme qui l'a choisie la juge digne d'être aimée, mais non point d'être épousée.

Au dire de ses propres partisans, l'immoralité de l'union libre est donc réelle quoique factice ; c'est la loi qui la crée. Le mariage supprimé, elle cessera d'avoir un caractère anormal, elle ne pourra plus être considérée comme inférieure et, du coup, tous ses inconvénients disparaîtront.

Il ne resterait donc, puisque le mariage est un obstacle à l'union libre, qu'à supprimer le mariage. M. Séré de Rivières ne recule pas devant cette hypothèse. Il supprime aussi la formalité gênante de la déclaration. Les deux conjoints n'auront même pas la peine d'écrire. Les témoignages des voisins suffiront.

« Je préconiserais volontiers, dit-il, une convention matrimoniale unique, accessible à tous, exempte de toute entrave ; je désirerais qu'elle pût s'établir sous quelque forme que ce soit et que la preuve pût en être rapportée, soit par un acte sous seing privé, soit par témoins devant les tribunaux. Et, à défaut de convention, j'admettrais la sanction pécuniaire des obligations contractées envers la femme, par la cohabitation prolongée, dans les conditions de dignité analogues à celles du mariage (1) ».

1. Séré de Rivières dans de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 180.

Ceci n'est pas une nouveauté. Du moment qu'il n'y a plus de déclaration, et que la constatation de l'état de fait suffit à créer des obligations plus ou moins équivalentes à celles du mariage actuel, nous voilà revenus à quelque chose qui se confond à la fois avec le *concubinatus* et avec le mariage par *usus* antique.

Cette solution mérite d'être examinée sérieusement. Le point de vue du législateur s'est en effet modifié du tout au tout depuis un siècle sous la pression des nécessités et des charges créées par l'évolution rapide des mœurs et des conditions de la vie sociale.

Autrefois, considérant avec raison le concubinat comme un danger pour la femme et l'enfant et comme une cause de faiblesse et de désordre pour la société, il espérait en enrayer le développement en n'assurant aucune garantie à la femme et en se montrant très indifférent et même très dur pour l'enfant naturel.

Avec le développement des unions irrégulières, le problème a aujourd'hui totalement changé de face : il ne peut plus être question d'enrayer le développement de l'union libre ; puisqu'elle s'étend irrésistiblement, l'intérêt social est peut-être de la prendre comme un fait et d'en tirer le meilleur parti possible.

Et pourquoi resterait-elle éternellement sacrifiée au mariage : proportionnellement on trouverait peut-être à l'heure qu'il est autant de bons ménages parmi

les concubins que parmi les personnes régulièrement unies, et, le mariage étant devenu trop souvent une affaire, on en trouverait peut-être davantage.

Or tant que le mariage existera à côté de l'union libre, non seulement celle-ci restera avilie et méprisée, mais encore on n'arrivera pas à sortir de ce dilemme : ou bien ce pseudo-mariage se confondra en fait avec le mariage véritable — et c'est bien, semble-t-il, ce qui est arrivé à Rome — et alors il fera double emploi ; ou bien, s'il en diffère, ce ne pourra être par aucun avantage en sa faveur, toute réglementation de l'union libre ayant pour effet d'imposer aux concubins quelques-unes des charges du mariage sans leur en assurer les garanties, et personne ne voudra de ce marché de dupes : il se fondera ailleurs une nouvelle union libre plus secrète, moins stable où ceux qui ne veulent pas prendre d'engagements et se charger d'obligations se réfugieront pour y vivre un peu plus immoralement qu'auparavant au grand détriment de l'intérêt social.

Pour simplifier la question, il suffit, nous dit-on, de renoncer à cette idée que le mariage est une convention ; il suffit que le législateur le considère comme un état de fait ayant pour conséquences certaines obligations naturelles dont la loi se borne à garantir l'accomplissement.

« L'ancien concept de contrat, dit M. Detrez, est

désormais inutile. Ne jouant plus son ancien rôle, il ne sert plus qu'à embrouiller la question du mariage. Il a fait son temps, n'en parlons plus. Revenons, si l'on veut bien, à la conception romaine du mariage. Que celui-ci ne soit plus qu'une manière d'être, un certain état des personnes, une façon de partager les hasards de la destinée, la bonne et la mauvaise fortune (1). »

Mais l'histoire de Rome et du moyen âge montre que cette conception des rapports des sexes n'est pas sans présenter de gros inconvénients.

La seule simplification des formalités qui sont la garantie du mariage, favorise la bigamie et la rend plus fréquente : point n'est besoin pour l'établir d'avoir recours à l'antiquité. L'exemple de l'Angleterre où le mariage est très facile suffit. Les tiers ne sauront pas s'ils ont affaire à une union durable et sérieuse ou non, les garanties que leur offrent les ménages officiellement unis disparaissant, ils ne feront plus confiance qu'aux individus s'engageant personnellement et formellement et par suite les avantages que créent aux deux époux la solidarité maritale seront réduits à néant. Bref, on verra reparaitre tous les inconvénients qui au moyen âge avaient fait une plaie sociale des unions clandestines. Admettre que de simples témoignages suffiront à

1. Detrez, *Mariage et Contrat*, p. 282.

établir l'existence d'une union c'est, de gaieté de cœur, offrir aux intrigants et aux intrigantes des occasions d'exploitation, de chantage et de scandale.

Il importerait donc que l'union librement conclue fût le plus tôt possible portée à la connaissance du public et, en quelque sorte, automatiquement enregistrée. On pourrait y arriver par bien des moyens.

Le plus naturel serait sans doute la naissance de l'enfant. La mère serait astreinte à déclarer et à reconnaître son enfant. Mais c'est la pousser à l'avortement ou à l'infanticide si elle tient à ce que la liaison qu'elle entretient reste secrète. On ne peut pas forcer le père à la même formalité : il aura toujours la ressource de nier la paternité jusqu'à preuve du contraire. Il faudrait donc que la femme fût également astreinte à déclarer, sous bénéfice d'enquête et de vérification ultérieure, quel est le père de l'enfant : situation bien avantageuse pour les personnes au cœur trop large qui n'auraient que l'embarras du choix. Le système a été en vigueur en France pendant tout l'ancien régime ; il avait si bien fait ses preuves que, malgré leurs idées humanitaires, les hommes de la Révolution se sont empressés d'interdire la recherche de la paternité. Enfin et surtout, les conjoints qui veulent vivre hors la loi s'arrangeraient de manière à éviter l'immixtion de la société dans leurs affaires intimes en n'ayant pas d'enfants.

Il faut donc laisser aux parents la liberté de déclarer ou de ne pas déclarer leur union, et chercher autre chose.

On pourrait profiter des opérations du recensement pour relever et inscrire sur le registre d'état civil les noms de ceux qui ont déclaré être unis : ils seraient *ipso facto* considérés par la loi comme tels. Cette mesure aurait certainement une assez grande efficacité. Beaucoup de couples ne veulent pas avouer qu'ils vivent et entendent vivre dans le concubinage ; l'amour-propre et l'intérêt de la femme la pousseraient à exercer une pression sur l'époux hésitant dans les meilleures conditions de succès : on ferait entrer ainsi dans le mariage au moins les meilleures unions libres.

Mais le recensements n'ont lieu que tous les cinq ans et on ne peut songer à les multiplier exagérément.

Mais encore, ceux qui n'ont pas voulu déclarer leur union, les réfractaires, qu'il serait particulièrement intéressant d'atteindre, échapperont à la mesure en déclarant simplement qu'ils vivent seuls. Les punir pour faux, serait peut-être tyrannique et en tout cas difficile : s'ils sont d'accord, la preuve sera difficile à faire.

L'établissement d'un délai au bout duquel la cohabitation créera des obligations réciproques serait donc indispensable. S'arrêtera-t-on à un an

comme les Romains : le conjoint récalcitrant ou simplement hésitant trouvera des prétextes pour s'absenter à la veille du délai fatal ; il lui sera toujours possible d'interrompre en temps voulu la cohabitation ; il la fuira même pour se limiter prudemment à des relations clandestines, ou bien fera passer sa concubine pour sa servante. On n'aura obtenu d'autres résultats que de rapprocher un peu les unions libres de la simple prostitution.

L'unification désirée est donc impossible à réaliser tant qu'il y aura les gens qui acceptent les responsabilités sociales de l'union des sexes et ceux qui sont bien décidés à s'en affranchir par tous les moyens. Ceux-là préféreront toujours la véritable union libre « c'est-à-dire l'union n'ayant d'autre règle que l'accord de deux volontés ne demandant aucune consécration à la loi », (1) et ne voulant, ajouterons-nous, en accepter aucune.

Le seul moyen de réduire à l'unité le rapport des sexes serait de supprimer le mariage et de faire de l'union libre, telle que nous venons de la définir, sans obligation ni sanction, la forme *obligatoire* des rapports des sexes. Libres à ceux qui tiendraient aux formes du mariage d'avoir recours aux bons offices du prêtre, puisque l'État l'ignorerait.

C'est peut-être à cet état que nous allons. Un

1. Enquête de la Plume, 1901, 3^e question.

défenseur convaincu du mariage, M. Marcel Prévost, n'est pas éloigné de croire que l'humanité s'achemine rapidement et sans qu'on y voie de remède, à la promiscuité la plus libre, et que seule une élite conservera pour devise les vrais principes du mariage : indissolubilité, fidélité, fécondité. Le mariage est déjà, presque le contraire de tout cela. L'avenir est à ceux qui sauront se garder purs et forts :

« Et quelles que soient les mœurs et les lois ambiantes, ils formeront une sorte d'aristocratie de l'amour, de l'altruisme, au milieu d'une société dévouée à l'union libre.

» Tel est le sort que l'avenir semble réserver au mariage (1). »

D'autres voient au contraire dans cet avenir, la réalisation de leur idéal. Il serait superflu de discuter à nouveau leurs opinions. Il sera plus utile de montrer en terminant que ceux qui veulent l'affranchissement de la femme, ceux qui ne blâment pas l'union libre, ceux mêmes qui considéreraient son avènement comme un progrès, s'accordent en général à penser qu'elle est actuellement pleine de danger.

M. Jules Bois qui est un féministe déterminé, mais à qui son idéal ne masque pas les réalités pratiques, ne blâme pas l'union libre au point de vue moral,

1. Dans J.-Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 197-198.

mais il la considère comme pleine d'écueils, surtout pour la femme, au point de vue pratique.

« Quant à l'union libre, dit-il, évidemment les femmes qui se sentent assez fortes pour jouer cette dangereuse partie peuvent s'y aventurer à leurs risques et périls ; mais elles deviendraient malfaisantes du jour où elles voudraient faire croire à la foule de leurs sœurs que l'union libre est un idéal réalisable pour toutes les femmes. En fait, l'union libre n'est guère prêchée que par quelques hommes, surtout les collectivistes. C'est une duperie encore bien plus cruelle que le mariage le moins bien assorti (1).

» L'union libre, dit-il encore, se fait toujours au dépend de *la plus faible*, la femme (2). »

M. Eugène Montfort pense que l'humanité dans son ensemble n'a pas encore atteint un degré de perfection moral suffisant, pour qu'il soit possible d'affranchir de toute entrave les relations de sexes. « L'union libre, dit-il, est impossible encore aujourd'hui, parce qu'elle exigerait une conscience très élevée chez les deux amants et que la conscience humaine est en général peu développée. »

M. Viviani, sans rien abandonner de son idéal socialiste, et tout en réclamant l'affranchissement

1. Dans J.-Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 158-159.

2. *Gil Blas*, 26 décembre 1905.

complet de la femme, déclare que, tant qu'elle n'aura pas conquis l'égalité économique que seule peut lui assurer la société future, l'union libre est pour elle pleine de périls et de déboires.

« Par l'union libre, si la femme peut conquérir hâtivement une place au foyer, elle n'y a jamais, sauf d'honorables exceptions, qu'une place précaire et humiliée. Précaire dans la jeunesse où elle tient sa place de sa périssable beauté, et humiliée quand vient la disgrâce de l'âge, car alors, elle tient sa place de la passivité de l'homme ou, ce qui est pis, de sa pitié (1) ».

En attendant que, par une révolution dans l'État social, les conditions d'existence de la femme soient radicalement modifiées, il reconnaît qu'elle n'a pas de plus sûr refuge ni de meilleur sauvegarde que le mariage :

« Nous voulons, disait-il en 1899, en lui donnant l'égalité économique, cette égalité sans laquelle les autres droits sont de ridicules chimères, lui permettre d'être maîtresse d'elle-même, de développer librement sa personnalité, de régler librement sa vie, par l'accord du double vœu de son cœur et de sa volonté.

» Et jusque-là, jusqu'au jour où cette idée aura triomphé, non seulement nous maintiendrons le

1. Dans l'enquête de Chavagne et Coulon, p. 49 et 50.

mariage, mais nous le fortifierons, car il est la garantie suprême de la femme contre le caprice de l'homme, car, pour la femme et les enfants il est la citadelle vivante dans laquelle la femme doit s'enfermer. »

C'est aussi l'opinion des frères Margueritte qui considèrent le communisme et le matriarcat comme la condition préalable de l'union libre.

Si le droit doit se limiter aux questions d'un intérêt social et d'une réalisation pratique immédiate, il est utile de constater que l'union libre, de l'aveu même de ses partisans, reste en dehors de son domaine.

TROISIÈME PARTIE

SOLUTIONS PROPOSÉES

Nous venons de voir combien il serait malaisé de réglementer le concubinat.

S'il est impossible d'y introduire quelque régularité, il ne nous reste plus, semble-t-il, qu'à étudier les moyens d'en enrayer le développement.

En conséquence nous aurons d'abord à examiner les réformes de détail qui ont été proposées pour permettre au mariage de soutenir plus efficacement la concurrence de l'union libre et de regagner le terrain qu'il perd tous les jours au profit de celle-ci. Tous les remèdes qu'on nous propose consistant en somme en un amoindrissement du mariage, soit qu'on en relâche le lien, soit qu'on en allège les charges, soit qu'on en amoindrisse les privilèges. Nous serons amené à nous demander si ce n'est pas vraiment une chimère de prétendre lui assurer quelques-uns des avantages que l'on recherche dans les liaisons irrégulières, sans y introduire du même coup

quelques-uns de leurs inconvénients. Et, finalement, nous aurons à nous demander si, immédiatement ou progressivement et avec des mesures transitoires, on peut, dans l'état actuel des mœurs, remplacer franchement le mariage civil soit par le mariage libre, que préconisent les frères Margueritte, soit par l'union libre, soumise à une réglementation ou même affranchie de toute obligation légale, soit même par l'amour libre qui, ayant pour conséquence pratiquement inévitable une polygamie désordonnée et une polyandrie sans frein, nous ramènerait enfin à la naïve promiscuité des temps sauvages.

Si nous ne croyons pas devoir nous arrêter à cette solution d'une simplicité élégante, qui, pour résoudre la crise du mariage, supprime purement et simplement le mariage lui-même, il nous restera à rechercher, à défaut de mesures coercitives que l'opinion publique n'admet plus, qui seraient difficiles à appliquer et peut être inefficaces, par quel moyen d'ordre législatif on pourrait indirectement travailler à la répression du concubinat en assurant au mariage des avantages, des privilèges équivalents aux charges qu'il impose et dont resteraient exclus ceux qui s'obstineraient à demeurer dans une situation irrégulière. Ici encore nous commencerons par étudier les mesures qu'on pourrait immédiatement réaliser sans soulever toute une partie de l'opinion et sans bouleverser la société, et ce n'est qu'après avoir épuisé tous les

autres moyens d'action que nous nous demanderons si, en dernière analyse, la seule solution efficace ne serait pas d'élever tous les enfants à la charge de l'État.

Ainsi, sans esquiver des discussions qui, malgré leur peu d'intérêt actuel et pratique, sont évidemment impliquées dans notre sujet, nous aurons donné le pas aux problèmes susceptibles de recevoir par voie législative une solution prochaine.

CHAPITRE PREMIER

LA CRITIQUE DU MARIAGE

Le développement des études historiques anthropologiques et ethnographique a popularisé cette idée que les rapports des sexes n'ont rien d'immuable :

« Si, à mesure que se déroule l'évolution sociale, remarque M. Izoulet, on voit se modifier les rapports de Dieu et de la nature, des princes et des peuples, des propriétaires et des salariés, comment ne pas s'attendre à voir se modifier aussi les rapports de l'homme et de la femme ? (1) »

Presque tout le monde s'accorde à déclarer le mariage imparfait. Mais tandis que les uns ne voient de salut que dans le retour à l'indissolubilité du lien conjugal, beaucoup d'autres pensent qu'il faut au contraire élargir et assouplir l'union légitime, en relâcher les liens et en alléger les chaînes ;

1. Jean Izoulet dans J. J. Renaud, *la Faillite du mariage*, p. 30.

« Grâce à une morale, gonflée de préjugés d'un autre âge et de dévotes conceptions, notre pacte conjugal paraissait devoir rester intangible et, dans la marche continue de toutes nos institutions, dans leur évolution vers le mieux, demeurer seul, immobile, comme le dernier vestige des sociétés disparues...

» Notre mariage est resté trop empreint de concepts aristocratiques et religieux. Il ne répond plus à nos aspirations civiles et démocratiques. Balzac avait raison quand il écrivait en 1825 : « Le système » de lois et de mœurs qui régit les femmes et le mariage, en France, est le fruit d'anciennes croyances » et de traditions qui ne sont plus en rapport avec les » principes éternels de raison et de justice développés » par la grande Révolution de 1789. (1) »

Nous croyons que l'immense majorité des Français admet que, sur ce point, une réforme du Code civil est indispensable.

Malheureusement les réformateurs sont loin d'être d'accord entre eux : ils ressemblent un peu à ces cinq critiques qui, unanimes pour proclamer le mérite d'un auteur dramatique, s'accordaient à trouver sa pièce parfaite à la seule condition qu'il se résignât à en supprimer un acte ; seulement ce n'était pas le même qu'ils trouvaient mauvais et, si leur ami avait voulu leur donner satisfaction, il ne restait plus rien

1. Abram, *l'Évolution du mariage*, p. 3 et 4.

du chef-d'œuvre. De même du mariage : les médecins qui se consultent à son chevet ne demandent qu'à lui enlever un seul membre pour qu'il recouvre son ancienne vigueur. Mais si on les écoute tous, il n'en reste plus trace. Leurs critiques, modérées, si on les considère à part, équivalent, prises ensemble, à un arrêt de mort. Au lieu de démolir, la maison d'un coup, ils en emportent chacun une pierre, mais le résultat est le même : ils fournissent, chacun pour leur part, à l'union libre, une argumentation d'autant plus solide qu'ils s'en sont tenus à des critiques partielles et précises. Les uns croient que tout le mal vient de ce que le mariage est resté romain, les autres de ce qu'il est devenu et demeuré chrétien, d'autres enfin de ce que la Révolution en a fait un contrat civil, sans oublier ceux qui, au contraire, en prétendant pousser à ses dernières conséquences logiques l'idée de contrat, aboutissent à une conception du mariage qu'il devient difficile de distinguer de l'union libre.

I. — *Patrimoine et héritage.*

On dit : ce qui avilit et stérilise le mariage c'est, tout d'abord et avant tout, les questions d'argent qui s'y mêlent.

« Le mariage est une affaire financière, déclare

M. Naquet, on ne marie plus deux individus, on marie deux billets de banque (1). »

M. Viviani s'écriait à son tour à la Chambre en 1899 : « L'aristocratie et la bourgeoisie capitaliste ont fait du mariage un contrat brutal et précis, comme l'achat et la vente, où, seulement par hypocrisie, on fait semblant, dans les grimaces du flirt, de toucher le cœur, pour mieux toucher la dot (2). »

Mais il n'y a pas besoin d'être socialiste pour trouver que l'intérêt joue un trop grand rôle dans la conclusion des mariages, et c'est un professeur, M. Lintilhac, qui va nous indiquer quelle est la mesure nécessaire et suffisante pour assainir le mariage :

« Je ne vois, dit-il, qu'une modification à apporter à la forme présente du mariage et cette modification c'est — et je n'ai pas de fille à marier — c'est l'abolition de la dot, de la grosse dot si vous voulez. Elle *dégrade* l'épouseur d'abord. Elle *déprave* l'épouse surtout.

» La peste du foyer moderne, c'est l'épouse dotée, c'est l'*uxor dotata*. Elle était aussi celle de l'antique. Plaute et Térence l'avaient dit avant moi. Ce n'en est pas moins vrai (3). »

D'ailleurs la suppression de la dot est également le

1. Naquet, *Religion, propriété, famille*, 1869.

2. Coulon et Chavagnes, *op. cit.*, p. 49.

3. Cité par J.-Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 71.

vœu de beaucoup de femmes : « Un moyen me semble, dit M^{me} de Marsy, entre tous indiqué comme le meilleur pour supprimer les abus qui discréditent le mariage, ce serait la *suppression absolue de la dot*, cette coutume si humiliante pour la femme et si contraire à ses intérêts. Dans les pays où la dot n'existe pas, ou n'existe qu'à l'état d'exception, on ne s'en trouve pas plus mal, au contraire ! La suppression de la dot sera un premier pas vers le bonheur (1). »

*
* *

On peut assurément s'en tenir là. Mais, font remarquer les socialistes si on supprime la dot en maintenant l'héritage, la mesure n'aura presque aucun effet. En s'unissant les conjoints continueront à spéculer sur ce qu'il leur reviendra un jour de leurs parents, sur ce que la langue française appelle assez vilainement *leurs espérances*. Ils feront aussi entrer en ligne de compte l'influence, le crédit, l'appui social et financier que peuvent leur assurer leurs familles ; il sera toujours impossible d'empêcher un beau-père de faire à son gendre une belle situation ; de lui ouvrir un crédit en banque, de lui prêter de l'argent ou de lui en donner de la main à la main.

1. M^{me} de Marsy présidente du Ladies' Club, citée par J.-J. Renaud, *op. cit.*

La dot est dans les mœurs : on ne l'aura pas supprimée, on l'aura rendue clandestine. Elle est d'ailleurs une institution nécessaire dans la société capitaliste où presque rien ne peut se faire sans une mise de fonds préalable.

Mais pour des raisons analogues, il sera inefficace de supprimer l'héritage sans supprimer la propriété et le régime capitaliste. Tant qu'ils existeront, celui qui ne possède pas, cherchera à s'agréger aux familles qui possèdent, celui qui possède moins recherchera l'alliance de plus riches que lui. Et l'on est très logiquement amené à conclure que seul le collectivisme excluant du mariage les raisons d'intérêts qui, dès qu'elles y sont impliquées, ne peuvent que devenir prépondérantes, peut affranchir l'union des sexes, les rendre libres, nobles et fécondes et assurer en même temps la sélection de la race. N'ayant plus rien à attendre de leurs parents, ceux qui s'aiment n'auront plus à subir leurs néfastes calculs qui sont un obstacle au vœu de la nature et à la bonne harmonie des unions.

* * *

Mais pourra-t-on dire, dot, héritage, propriété n'intéressent que ceux qui possèdent : puisqu'ils sont victimes d'un régime stérélisant et destructeur, qu'on les laisse s'atrophier et se suicider à leur guise.

C'est de l'immense majorité, de tous ceux qui ne possèdent pas, qu'il faut s'occuper.

On oublie les ruraux qui forment près de soixante pour cent de la population en France : le paysan, dès qu'il possède un lopin de terre, n'est ni moins prudent, ni moins ambitieux, ni moins intéressé que le bourgeois ; comme lui, plus que lui, peut-être, il travaille avant tout à la grandeur de la famille et c'est sans doute au village que la question d'argent joue le plus grand rôle dans les unions.

Au reste le « mariage bourgeois » gêne le prolétaire ; tout d'abord il ne subit pas, sans en souffrir, d'être assujéti à une réglementation des rapports des sexes qui ne correspond plus à ses besoins. Le mariage a été entouré de garanties, de précautions, de formalités longues, multiples et compliquées qui n'ont pour raison d'être que d'assurer, régulièrement et sans contestation, la transmission de la propriété et qui n'ont en conséquence aucun intérêt pour qui ne possède pas. Leur seul effet est de l'écartier du mariage et de le rejeter dans l'union libre considérée comme inférieure par l'opinion publique.

Ensuite il est inexact de dire que ceux qui ne possèdent rien sont, même dans les grandes agglomérations, l'immense majorité. Nombreux en France sont ceux qui ne possèdent pas assez, mais qui, si peu qu'ils possèdent, et, même s'ils sont collecti-

vistes, subissent nécessairement dans la pratique la mentalité et les nécessités du régime capitaliste.

Et même s'ils n'ont rien ni l'un ni l'autre, deux ouvriers font encore, par la force des choses, une bonne ou une mauvaise affaire en s'unissant par le mariage : ils seraient fous s'ils ne faisaient pas entrer en ligne de compte les salaires que chacun d'eux apportera dans l'association. Seul un régime utilisant au mieux le travail de tous, assurant en même temps le bien-être et la subsistance de tous, et laissant en présence, pour toutes les questions économiques, l'individu et l'État, à l'exclusion de tout groupement d'intérêts intermédiaires, pourra assurer réellement le désintéressement des unions.

Quant aux enfants, ils seront élevés aux frais de l'État : c'est lui qui utilisera plus tard leurs services : c'est donc à lui de leur donner l'éducation qu'il juge la plus convenable pour tirer d'eux dans l'avenir le meilleur parti possible. Ainsi disparaîtra la principale raison non seulement de la stérilité des unions, mais de l'indissolubilité des rapports des sexes.

Dès lors, au lieu de familles nécessairement antagonistes, la société ne se trouvera plus qu'en présence d'individus dont elle harmonisera les activités sans autre préoccupation que d'en tirer le maximum d'utilité pour assurer le bonheur de tous.

* * *

Le mariage tel qu'il existe actuellement est, dit-on, une survivance d'un autre âge et n'est plus adapté aux nécessités de la civilisation industrielle moderne ; tous ses éléments : patrimoine, dot, héritage, autorisation des parents, autorité maritale et autorité paternelle, sont également caducs. Tout cela nous vient des Romains, et avait sa raison d'être quand la véritable société c'était la famille, exploitant sous la direction de son chef un domaine rural. Déjà en décadence à la fin de la République par suite de la disparition du régime patriarcal, cette institution n'est plus maintenue qu'artificiellement et par voie de contrainte législative. Auguste promulgue les lois caducaires ; Caracalla oblige le père à donner une dot à sa fille.

Le christianisme maintient le régime de la dot parce que s'il relève moralement la femme, il la laisse dans un état d'infériorité sociale complet : « Comme le droit romain, et plus exclusif encore le droit canonique, ne connaît d'autre régime nuptial que celui de la dot, il rejette également et la communauté qui associe et qui égalise les intérêts des deux époux, et la paraphernalité absolue qui les sépare ; il exige le régime dotal qui rend la femme incapable et impuissante (1) ».

1. Gide, *de la condition de la femme*.

Profitant de la réaction qui suivit la Révolution, profondément imprégné du reste de l'esprit romain, et par surcroît excessivement autoritaire, Napoléon restaure le mariage patrimonial qui servait ses intérêts ; il lui fallait consolider son despotisme en l'appuyant sur une aristocratie bourgeoise, fortement constituée dont les privilèges fussent liés au maintien du régime qu'il instaurait. Il reconstitua la famille ancienne dans le but de consolider la propriété : la dot, l'héritage, les majorats maintiennent parmi les hommes l'inégalité sociale tout en leur laissant l'égalité civile conquise par la Révolution.

Au xix^e siècle, la machine à vapeur est venue changer la face du monde ; l'usine a créé dans l'humanité des groupements nouveaux ; les chemins de fer et le télégraphe ont rendu solidaires à de grandes distances des hommes qui s'ignoraient jusque-là, la société anonyme a créé une forme nouvelle de propriété mieux adaptée que le régime patrimonial et patronal aux nécessités d'une époque industrielle. Dès lors la famille n'est plus qu'un rouage inutile et avec l'égoïsme collectif qui lui est inhérent, qu'une cause de troubles et une entrave au progrès. Mariage et propriété se maintiennent l'un par l'autre et sont les derniers obstacles à la marche en avant de l'humanité libérée.

« L'institution du mariage, dit M. Naquet, a été créée pour assurer le régime de la propriété et elle a

varié pour demeurer toujours adéquate aux formes qu'à affectées ce régime lui-même (1) ». Il disparaîtra avec elle. Quand aux demi-mesures proposées par des moralistes bourgeois bien intentionnés mais pleins d'illusions, elles ne sont même pas des palliatifs et ne peuvent avoir aucune efficacité tant que le régime social dans son ensemble ne sera pas modifié (2).

Nous ne nous associons pas, d'une manière absolue, est-il nécessaire de le dire, à ces conclusions. Nous ne savons pas ce que sera la société future. Les problèmes qui se présentent dans la société actuelle, telle qu'elle se trouve constituée en fait, sont seuls de la compétence du juriste. De l'augmentation collectiviste nous ne retiendrons que la partie négative : il ne servirait à rien de supprimer la dot ou même l'héritage tant qu'une révolution radicale ne se sera pas opérée et dans les idées, et dans les mœurs, et dans les conditions économiques. Dans une société où peut-être l'argent n'est pas tout, mais où à coup sûr, tout finit par se traduire en question d'argent, il n'est pas possible d'espérer que l'acte le

1. Naquet, *Vers l'union libre* 1908.

2. « Tant que le capital sera tout puissant, dit Aug. Strindberg, on n'élèvera que de petites bourgeoises insignifiantes pour le mariage, des ouvrières ou campagnardes abruties par le travail pour la prostitution, et, d'un autre côté, des hommes qui ne cherchent qu'une chose : exploiter les premières et jouir des autres ! » (Cité par J.-J. Renaud, p. 185).

plus gros de conséquences de la vie, que le mariage échappera seul à la nécessité universelle : la suppression de la dot serait une mesure insuffisante, inefficace, et, pour tout dire, illusoire.

Du reste, quand deux individus s'unissent légitimement ou non c'est toujours en dernière analyse parce qu'ils attendent l'un de l'autre une certaine somme de services : le mariage est donc essentiellement une affaire, et doit rester une affaire, et le resterait même dans la Salente socialiste. C'est même là son côté sérieux et important, c'est ce qui fait sa valeur sociale. Comment dès lors songer à en exclure l'intérêt ? Tant qu'il y aura des gens cupides, ils y verront surtout une affaire d'argent, en quoi du reste ils font presque toujours un faux calcul. Il ne faut pas bannir, par une abstraction toute littéraire, les questions d'argent du mariage : il faudrait les remettre à leur place.

II. — *Indissolubilité.*

Si, d'après les socialistes, le mariage est corrompu par les questions d'intérêt qui s'y mêlent, d'après les individualistes il est vicié par le caractère d'indissolubilité que, contrairement à la nature, lui a imposé le christianisme.

« Toute nos idées sur les femmes, disait déjà

Stendhal, nous viennent en France du catéchisme de trois sous ».

Le mariage tel que le définit le Code reste en effet profondément chrétien, par le caractère indissoluble qu'il reconnaît aux unions, malgré quelques tempéraments soigneusement réglementés et chichement mesurés.

Quod Deus conjunxit homo non separet, dit l'Évangile selon saint Mathieu.

« C'est de cette phrase, ou plus tôt de son interprétation par les apôtres et les conciles qu'est née la théorie du mariage chrétien indissoluble, théorie reprise par notre législation après avoir été sécularisée et maintenue au nom de l'État comme principe de droit civil » (1).

Inférieur au célibat, il rappellerait et renouvellerait le péché originel, base de l'union des sexes, sans le sacrement qui le sanctifie et le purifie. Jésus-Christ « a attribué au mariage une grâce particulière », (2) et, en fait, une union tellement solennelle, exclusive et perpétuelle que les premiers chrétiens, sans l'interdire absolument, désapprouvaient le mariage des veufs.

1. Abram, *l'Évolution du mariage*. Paris, 1908, p. 37.

2. Concile de Carthage 398. Il suffit de lire le livre du père Montsabré sur le mariage pour se rendre compte combien les raisons mystiques par lesquelles il justifie l'union indissoluble, sont étrangères à la mentalité commune et sans valeur pour qui n'est pas chrétien.

C'était là des idées toutes nouvelles, étrangères aussi bien à l'antiquité juive qu'à l'antiquité chrétienne : La Bible admet le divorce (1) pour l'homme et autorise, au moins jusqu'à la Captivité, la polygamie et le concubinat. Le droit et la morale antiques ne sont guère plus sévères : « *Libera esse matrimonia antiquitus placuit.* » déclare le Code de Justinien (2).

La société antique était trop convaincue de l'infériorité de la femme pour exiger l'indissolubilité du mariage : le lien conjugal n'existait pas. Le mariage était un acte de droit naturel essentiellement résoluble au simple gré des conjoints, ne se soumettant qu'à des obligations familiales, des conventions personnelles, des devoirs religieux » (3).

Le caractère exclusif et perpétuel donné au mariage est donc un fait tout accidentel qui ne s'explique que par des circonstances historiques et qui n'est justifiable que par des motifs d'ordre mystique. Ce ne fut jamais un principe de droit naturel et ce ne devint que bien tard un principe de droit positif.

« Bien que notre mariage, dit M. Blum, affecte la

1. Pour les réformateurs, le mariage n'est pas un sacrement. Sa réglementation dépend de l'autorité civile parce qu'il intéresse avant tout la société. La Réforme admet quatre causes de divorce : *disparitas cultus*, incompatibilité d'humeur, longue absence, adultère. Elle blâme la séparation de corps.

2. Instit. Stip. 2. l.

3. Abram, *op. cit.*, p. 35.

forme d'un contrat et que par suite l'institution soit d'ordre juridique on n'en peut retrouver l'origine dans aucune des civilisations dont le droit français est issu. Ni les Romains, ni les Germains n'avaient fait du mariage un acte sacramentel dont la puissance publique règle les formes ou les conditions et dont elle maintient la durée en dépit des contractants eux-mêmes. Ce mariage avec garantie du gouvernement fut inconnu de toutes les civilisations anciennes ; chez les Romains, la validité du contrat dépendait seulement du consentement individuel ; chez les Germains, de l'acquiescement des familles... Ces notions si simples se trouvèrent bouleversées par le triomphe de la morale et de la politique chrétiennes. Le mariage ne fut pas seulement un sacrement, il devint le symbole, dans l'ordre humain de l'union mystique du Christ et de l'Église (1). Son essence fut d'établir entre deux êtres également humbles, changeants et périssables un rapport éternel et sacré (2) ».

*
* *

Ces exigences ne sont-elles pas contraires à la nature humaine ? « La loi intime de l'homme, c'est

1. St. Paul dans la deuxième épître aux Ephésiens.

2. Abram, *op. cit.* Préf. de Blum, p. 8. et 9.

de s'attacher à plusieurs femmes, et de fuir leur société pour celle de ses compagnons. Depuis que le monde existe, l'homme s'est efforcé de ne vivre qu'entre hommes sa vie de travailleur et de penseur; depuis que le monde existe, l'homme a désiré au bout de quelques mois éliminer de sa vie la femme qu'il y avait introduite, afin d'en prendre une autre » (1).

Les progrès même de la vie sociale, en multipliant et en compliquant les rapports des individus, a toujours favorisé le développement de la polygamie de fait avec tous les inconvénients qu'elle entraîne : partout et toujours dans les grandes et prospères cités, les mœurs sont très relâchées.

« La civilisation et la monogamie, dit M. Jean Finot, se trouvent en désaccord complet. A mesure que l'une progresse, l'autre baisse. On a constaté un phénomène analogue chez les animaux eux-mêmes. Le canard sauvage est toujours monogame ; une fois domestiqué, il devient polygame. Les mariages des êtres humains les plus affinés par la civilisation, ceux des artistes, des hommes de lettres, nous étonnent toujours par leurs « excentricités » (2).

« Il est inutile, disait déjà Schopenhauer, de dis-

1. Dugard, *Amour et Mariage*, p. 164. Voir dans le même ouvrage, p. 164 et suiv., la réfutation de cette opinion.

2. Jean Finot, dans l'enquête de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 101.

puter sur la polygamie, puisqu'en fait elle existe partout ; il ne s'agit que de l'organiser » (1).

Chez la femme comme chez l'homme, l'amour et surtout la perpétuité de l'amour, ne se commande pas. Tout proclame, a dit M. Henry Bataille, l'irresponsabilité et la liberté de l'amour (2).

Sans doute, l'union durable « est un haut idéal » qu'il faut s'efforcer d'atteindre. Mais avec *l'affection réciproque*, librement.

« La merveille des merveilles serait l'union libre, unique et éternelle à la fois » (3). Mais à vouloir exiger du commun des mortels une perfection si rare, on les pousse au mensonge, au vice, à l'hypocrisie. « Le mariage est, par ses contraintes, la cause de la prostitution, de l'avortement, de l'infanticide et d'une foule de désordres sociaux que ferait disparaître le libre jeu des volontés privées » (4) ! Il prolonge artificiellement des unions qui, en réalité, n'existent plus : il condamne au supplice de la vie à deux des époux qui mutuellement se détestent, et, par son indissolubilité, fait du mauvais époux le tyran légal de son conjoint, de sa victime.

» Quel supplice plus grand, dit M. Jules Renard,

1. Schopenhauer cit. par Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 87-88.

2. Henri Bataille, *Gil Blas*, 22 sept. 1905. V. aussi sa pièce : *la Marche nuptiale*.

3. J.-J. Renaud, *op. cit.*, p. 163 et 165.

4. D'après Renard. Le mariage civil est-il un contrat. Thèse de Paris, 1911, p. 1, qui combat du reste cette opinion.

que celui de vivre auprès d'une femme qui n'a aucune place dans votre vie, dans votre cœur, dans votre esprit et qui ne veut pas divorcer... Je vous donne ma parole que si je m'apercevais qu'il me reste à vivre une trentaine d'années peut-être sous le même toit qu'une dame antipathique, fût-elle d'ailleurs pleine d'un tas de vertus, aucune loi ne m'empêcherait de filer demain matin. Le bout du monde n'est pas loin. Et je ne me considérerais nullement comme un malhonnête homme. Même si j'avais des enfants ! Quel enfant, dès l'âge de raison, ne verrait avec plaisir son père et sa mère se séparer, dût-il, presque orphelin, ne suivre ni l'un ni l'autre, plutôt que d'assister toute sa jeunesse au spectacle stupéfiant d'un ménage de prisonniers ennemis ?  (1)

*
* * *

Mais ce n'est pas seulement au nom des droits de l'individu qu'on réclame contre l'indissolubilité des rapports des sexes, c'est aussi en vertu d'une conception plus haute, plus délicate, plus morale de ce que doit être une véritable union.

Notre époque, peu vertueuse sans doute, et à coup sûr fort indulgente pour les écarts de conduite, a du

1. Jules Renard, dans l'enquête de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 160.

moins le mérite d'attacher une grande importance à la sincérité. Un des reproches les plus graves faits au mariage légal, c'est de la rendre souvent impossible. M^{me} Séverine déclare :

« Tout ce qui tend à supprimer le mensonge et l'hypocrisie dans les rapports sociaux est bon. Il n'y a rien que je haïsse plus que le mensonge. Tout ce qui contribuera à introduire l'amour, j'entends la passion entre les êtres, sera excellent...

» Je suis pour la liberté absolue des deux sexes vis-à-vis du mariage. Du moment où l'amour n'est plus, que font ensemble les conjoints ? Il vaut mieux un homme qui s'en va qu'un homme qui reste contre son gré. Pas d'aumône en amour. Tout ou rien. Je suis pour la théorie de la porte ouverte ! » (1)

Et on proclame le droit et quelquefois le devoir de rompre :

« Sur la grand'route de la vie, disent les frères Margueritte, l'homme et la femme doivent marcher la main dans la main, courageusement, avec confiance et tendresse, s'épaulant d'un égal dévouement... Mais si le malheur veut qu'ils cessent de s'aimer, de se comprendre, s'ils se trompent, s'ils se blessent, s'ils s'outragent, ne les condamnons pas à traîner comme des forçats le boulet de leur double haine. Brisons leurs fers. Leur conscience, leur cœur,

1. Séverine, dans l'enquête de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 220.

leurs chairs ne peuvent être asservis ; la route est large ; qu'elle soit libre ! » (1)

Enfin, il s'est développé à notre époque une certaine délicatesse morale qui fait considérer le mariage, quand l'affection mutuelle n'y règne pas, comme une chose triste, basse et honteuse : A côté de la religion de l'individu, celle de l'amour. « En amour, dit M. J.-Joseph Renaud, tout doit être *consenti* et rien *obligatoire* » (2).

Stendhal déclarait déjà : « La fidélité des femmes dans le mariage, lorsqu'il n'y a pas d'amour, est probablement une chose contre nature » (3).

M^{me} Ellen Key proclame à son tour l'idéal de la femme nouvelle : « L'amour seul, dit-elle, donne au mariage sa noblesse et sa raison d'être. Un don de soi, librement consenti est le seul vrai don ; la notion des devoirs et des droits conjugaux a cédé la place à cette grande pensée que *la fidélité ne peut être jurée, qu'il faut la conquérir* à nouveau chaque jour » (4). En conséquence, et très logiquement, elle réclame pour la femme comme pour l'homme le droit de changer la liberté absolue dans les rapports des deux sexes.

Pour des motifs assurément élevés on nous mène

1. Les frères Margueritte, *id.*, *ibid.*

2. J.-J. Renaud, *op. cit.*, p. 195-196.

3. Stendhal : *de l'Amour*, p. 205.

4. Ellen Key, *de l'Amour et du mariage*.

tout droit non pas à la réforme mais à la suppression du mariage. Les idéalistes ont toujours été de terribles destructeurs ; comme la perfection est rarement réalisée en ce bas monde, il faudrait commencer par faire table rase d'à peu près tout ce qui existe pour rendre la vie supportable. Les conséquences logiques de l'idéalisme aussi bien que l'individualisme ont été formulées par M. Frédéric Stackelberg : « Le mariage, fût il même contracté par amour, ne constitue pas moins une action immorale et contraire à la nature, car il attente forcément à la liberté individuelle. Personne n'a le droit d'abdiquer sa liberté en promettant amour et fidélité jusqu'à la fin de ses jours.

» L'amour qui devrait être aussi libre et aussi universellement respecté que l'amitié demeure encore sous le joug tyrannique d'une loi morale qui relève du moyen âge. » (1)

L'individualisme conséquent aboutit donc non pas à la réforme du mariage, mais à sa suppression.

Quand on croit comme M. Octave Mirbeau que la société entière ne doit tendre qu'à un seul but :

1. Frédéric Stackelberg : *la Femme et la Révolution*, 1883. A rapprocher : Héra Mirtel : « Faites place, messieurs, à la femme qui vient fièrement vous dire : je ne te jure plus l'obéissance en compensation de laquelle je me croyais en droit de te trahir, mais tout ce que je te jurerais librement, je le tiendrai. » (Dans de Chavagnes et Coulon, *op. cit.* p. 210).

« l'individu libre et heureux », il est logique d'aller jusqu'à la conclusion qu'il préconise : « Je suis, déclare-t-il, partisan de l'union libre. C'est la loi de la nature. Mais nous n'y arriverons que progressivement, par étapes... » (1) Saint-Just, de même, proclamait nettement que « ceux-là qui s'aiment sont époux » et qu'on cesse d'être uni dès qu'on cesse de s'aimer.

*
* *
*

Ces théories ont suscité de nombreux projets de réforme. Commençons par les moins révolutionnaires

Dans une brochure : *le Divorce par consentement mutuel*, (2) M. Henry Coulon réclame le retour à la législation du Code civil : « L'indissolubilité du mariage, dit-il, est la négation de la liberté individuelle ; elle rentre dans ces contrats personnels,

1. *Gil Blas*, 16 octobre 1905.

2. *Le divorce par consentement mutuel. Sa nécessité, sa moralité*, suivi d'un projet de loi par Henri Coulon. Paris, 1902.

Voir aussi Coulon : *la Conversion de la séparation de corps en divorce, l'égalité devant la loi. Nécessité de modifier l'article 310 du Code civil*. Paris 1906. M. Coulon demande que dans l'art. 310 on remplace le mot *pourra* par le mot *devra* : « Le jugement *devra* être converti en jugement de divorce sur la demande formée par un des deux époux (p. 5). C'est, dans la pratique, presque l'équivalent du divorce par la volonté d'un seul.

aujourd'hui heureusement disparus, qui permettaient l'esclavage et les vœux éternels ». (1)

On allègue que la séparation reste possible dans bien des cas où le divorce est interdit et tient lieu de divorce par consentement mutuel. Mais « tous les griefs accumulés contre le divorce existent également contre la séparation » (2).

En outre « la séparation de corps, c'est le dérèglement de la vie ou le célibat forcé, c'est-à-dire un état contraire soit aux lois sociales, soit à la nature humaine. Que si, cédant à des impulsions presque irrésistibles, les époux créent, chacun de leur côté, des liaisons non reconnues par les lois et condamnées par les mœurs, quelles sources de douleurs secrètes ? Que s'ils demeurent dans l'isolement quel désert pour eux que la vie » (3).

Le projet de M. Coulon n'est pas du reste une innovation dans le droit moderne. A l'instar du Code Napoléon de nombreuses législations admettent déjà le divorce par consentement mutuel.

Il existe même en France si non en droit, du moins en fait. Comme nous l'avons dit, les époux, qui sont d'accord pour se séparer, s'arrangent de manière à se placer dans un des cas où la loi ne peut pas leur refuser le prononcé du divorce, ce qui donne

1. Coulon : *le Divorce par consentement mutuel*, p. 10.

2. Coulon : *ibid.*, p. II.

3. De Macère, cité par Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 308.

lieu à des mensonges et à des comédies indignes de la justice. M. Hugues Le Roux, qui est adversaire déterminé du divorce, déclare lui-même : « Qu'on permette à l'incompatibilité d'humeur de venir s'expliquer carrément à la barre, sans l'obliger à jouer des rôles de courtisane, de martyr ou de furie » (1).

Du reste ces fictions ont pour effet d'empêcher tout contrôle sérieux de la justice sur les divorces ainsi livrés à l'arbitraire. A reconnaître l'existence du divorce par consentement mutuel, M. Coulon voit ce grand avantage qu'on pourra le réglementer. Il propose de rétablir, pour la plupart, les délais, précautions, et limitations qu'avaient établis le Code civil en les combinant avec ceux proposés par la commission de 1804 : ainsi la rupture de l'union ne risquera pas d'être l'effet d'un caprice passager.

La mesure est légitime en droit : « Le mariage est un contrat personnel au premier chef parce que les obligations « corporelles » qu'il entraîne engagent non seulement la personne matérielle mais la personne morale, et deviennent, lorsqu'elles cessent d'être volontairement consenties, les plus monstrueusement tyranniques. C'est un véritable contrat d'association et il doit se résoudre comme les contrats de cette espèce peuvent se résoudre en droit français » (2).

1. Hugues Le Roux, *le Bilan du divorce*.

2. Coulon, *Divorce par consentement mutuel*, p. 72.

M. Naquet avait déjà dit : « Je ne saurais admettre en aucun cas que la loi puisse contraindre les citoyens corporellement dans un ordre de choses où, en dehors de la libre volonté, il n'y a plus que dégradation, immoralité révoltante » (1).

L'homme n'étant pas infallible, il ne faut pas mettre un obstacle éternel à la réparation de ses erreurs : « Quand deux êtres se sont trompés en s'unissant, dit M. Camille Sainte-Croix, il doit suffire, pour les démarier, que d'un commun accord ils souhaitent sincèrement cette rupture » (2).

Deux époux peuvent se rendre la vie parfaitement insupportable sans avoir aucun grief précis l'un contre l'autre.

Il est au reste des griefs qu'il vaut mieux taire. Combien de mauvais ménages que seule maintient la crainte de se couvrir mutuellement de boue ou de ridicule : « Le conjoint, victime d'attentats odieux, peut, à raison de l'élévation et de la délicatesse de sa conscience, préférer les tourments les plus cruels et la mort même à l'éclat et à la manifestation publique de ses légitimes griefs » (3).

Enfin, quand il ne sera plus une prison sans issue le mariage inspirera moins d'appréhensions : il

1. Cité par Coulon, *le Divorce par consentement mutuel*, p. 54.

2. Camille Sainte-Croix, cit. par Coulon, *Divorce par consentement mutuel*, p. 62.

3. Coulon, *op. cit.*, p. 8.

deviendra « plus abordable, plus attrayant, plus compréhensible pour ceux qui ne voulaient pas y entrer parce qu'ils le considéraient à tort ou à raison comme une prison éternelle » (1).

Moins lourdes ses chaînes n'en seront que plus solides et plus agréables : « La liberté absolue n'est pas un obstacle à la fidélité et à la constance ; bien plus, la liberté est une cause de constance ; grâce à elle, les époux sont obligés de veiller sur leur conduite et il résulte de la crainte de l'abandon une foule de concessions et de prévenances réciproques qui peuvent rétablir l'harmonie dans les ménages les plus troublés » (2).

* * *

Mais, tous ces arguments ne valent pas seulement pour le divorce par consentement mutuel. Ils militent également en faveur du divorce par la volonté d'un seul. Qui admet l'un, doit logiquement admettre l'autre. Au reste, il ne constitue pas non plus une innovation.

La loi du 20 septembre 1792 déclarait que : « L'un des deux époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou

1. Coulon. *op. cit.*, p. 9 et 10.

2. Léon Renault dans Coulon, *op. cit.*, p. 87.

de caractère ». Actuellement il est admis presque explicitement par la loi prussienne qui reconnaît comme cause de divorce « l'aversion profonde et invincible de l'un des époux pour l'autre ». Il ne semble pas que cette mesure, qu'on se complait à nous représenter comme révolutionnaire, ait sensiblement contribué à corrompre les mœurs en Allemagne, et ce serait une exagération évidente d'y voir la cause des saturnales du Directoire qui s'expliquent suffisamment par d'autres raisons.

On peut du reste admettre le divorce par consentement d'un seul, sans enthousiasme, et comme une concession regrettable mais nécessaire aux faiblesses et imperfections de la nature humaine. C'est, semble-t-il, l'avis de M. Jean Finot :

« Il ne faut se fier aux besoins de la nature humaine à moins de vouloir tomber dans une sorte de promiscuité générale. Il y a, d'autre part, l'individualité humaine, avec ses droits incontestables, le devoir du législateur est d'harmoniser les intérêts de la société avec les appétits *légitimes* de l'individu...

« Il est difficile d'admettre qu'une épouse ou un mari doivent rester éternellement rivés l'un à l'autre, tant qu'il ne plaira pas à un des deux conjoints de briser les chaînes. Donc le divorce par la volonté d'un seul ? Et pourquoi pas ? Il suffira seulement de limiter la volonté individuelle et de la faire agir en dehors de tout caprice momentané de la chair ou des

nerfs. Lorsqu'un des conjoints manifestera sa volonté de divorcer d'une façon conséquente pendant trois ans en déposant la même demande tous les six mois devant le président du tribunal de sa résidence, le divorce devra être de droit accordé » (1).

On reconnaît là des restrictions analogues à celles que M. Coulon proposait prudemment de mettre au divorce par consentement mutuel.

Mais ce sont les frères Margueritte qui ont été en France les partisans les plus convaincus, les plus radicaux et, pourrait-on dire, les plus enthousiastes du divorce par la volonté d'un seul : c'est précisément parce qu'ils se font une très haute, une très noble idée du mariage qu'ils ne veulent pas y laisser place à l'insincérité. De la doctrine chrétienne, ils admettent cette affirmation que le mariage est l'union de deux cœurs et de deux volontés, mais au lieu d'en déduire, comme l'Église, son indissolubilité, ils en concluent, ce qui du reste est parfaitement logique, que, quand cette union n'existe plus, le mariage véritable cesse en même temps d'exister et n'est plus qu'une répugnante promiscuité qu'on ne saurait comparer qu'à la prostitution.

Comme la désaffection peut être unilatérale, il faut dans cette conception du mariage, que la volonté d'un des deux conjoints suffise pour légitimer le

1. Jean Finot dans l'enquête de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 101.

divorce : car l'accord des volontés n'existant plus, le mariage a cessé d'exister *ipso facto* et la loi n'a qu'à enregistrer le fait accompli.

On objecte que le mariage est un contrat synallagmatique et qui ne peut être rompu sans injustice qu'avec le consentement des deux parties.

Il faut dire au contraire, ripostent les frères Margueritte, qu'il ne peut se maintenir que par la volonté des deux parties : elles n'avaient pas le droit d'aliéner leur liberté ; les principes de la Révolution déclarent en effet la personne humaine inaliénable et l'article 352 de la Constitution de l'an III interdit les vœux perpétuels.

Le mariage, engageant les deux personnalités en ce qu'elles ont de plus intime, l'amour, l'affection, l'accord des volontés ne se commandant pas, il faut prendre dans une convention de ce genre le contre-pied des contrats ordinaires. Il ne faut pas dire que l'accord des deux volontés est nécessaire à sa rupture, mais qu'il est indispensable à son maintien.

On ne peut que rendre hommage à la noblesse des vues des frères Margueritte et à la courageuse sincérité avec laquelle ils les soutiennent. Mais il y a lieu de se demander si la majorité des Français se fait un idéal aussi élevé du mariage ; on ne peut s'empêcher de trouver un peu dur le sort de l'abandonné ou de l'abandonnée et de songer à tous les abus et à tous les calculs auxquels prêterait cette

solution si elle était mise à la portée d'individus peu idéalistes ; enfin, on ne peut se défendre de songer à l'enfant : n'est-il pas à lui seul, pour des êtres bien nés, une raison suffisante de maintenir l'union de deux volontés, et la nature ne l'envoie-t-elle pas pour la consolider, alors que les autres motifs, en effet bien instables, ont disparu.

Mais si le but de l'union des sexes ce sont les deux contractants, il est nécessaire d'aller plus loin. « Jamais, déclare M. Armand Charpentier, le mariage ne put satisfaire véritablement l'humanité.

» Car son principe essentiel l'empêche de coïncider avec l'amour : il est *éternel* et l'amour n'est que *passager* (1). »

Bien plus, si le but de l'union des sexes est l'« amour » et le « bonheur », comme l'amour ne se commande pas, qu'il n'est même pas sous la dépendance de la volonté de celui qui l'éprouve, comme chacun est juge de ce qui constitue pour lui le bonheur et le prend où il le trouve, il n'y a plus de fondement à la fidélité conjugale et de raisons d'interdire la liberté complète des rapports sexuels, avant comme après le mariage, aux femmes comme aux hommes.

N'est-ce pas la suppression radicale du mariage ? M. Léon Blum, qui admet les promesses et les con-

1. Armand Charpentier, d'après J.-J. Renaud, *op. cit.*, p. 53.

clusions de M. Armand Charpentier, repousse cette conséquence. Pour assurer aux unions la stabilité indispensable au maintien de la société, point n'est besoin de textes de loi. Il suffit que l'homme et la femme y arrivent si fatigués, si blasés qu'ils n'aient plus aucune velléité d'être infidèles. En conséquence, il convient d'accorder aux jeunes filles la même liberté que l'opinion et les mœurs accordent déjà aux jeunes gens quand ils sont célibataires (1) : ce sera le meilleur antidote du divorce.

On ne verra plus ainsi le mariage considéré comme l'entrée dans la vie pour la femme, tandis qu'il n'est qu'une fin pour l'homme. Les deux époux y arriveront également assagis par de longues expériences et ne désirant plus que le repos et la stabilité. Il y aura dans l'existence des femmes comme des hommes deux périodes bien distinctes : la vie d'aventure correspondant à la jeunesse, puis « l'établissement », la vie sérieuse et réglée de la famille. L'amour y trouvera son compte et le mariage aussi, car l'auteur arrive à les concilier, quoique inconciliables, en leur assignant des époques différentes dans l'existence. Il entend réaliser d'une manière absolue, comme le fait remarquer spirituellement M. Coulon, « la séparation du mariage avec l'amour » (2).

1. Stendhal disait déjà : « Il n'y a qu'un moyen d'obtenir plus de fidélité des femmes dans le mariage : c'est de donner la liberté aux jeunes filles et le divorce aux gens mariés. »

2. Chevagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 277.

« Qu'avant le mariage la femme dépense tout ce qu'il y a d'ardent dans son instinct, tout ce qu'il y a de mobile dans son caprice ; qu'elle épuise, par un nombre indéterminé d'aventures et peut-être par une seule, qu'elle use son inquiétude sentimentale, qu'elle consume ce moment de la vie où la vie paraît la plus précieuse et la plus courte, où toute heure qui n'est pas donnée à des sensations puissantes paraît une heure anticipée par la mort, où l'imagination ajoute tant de forces à l'élan des sens, où l'orgueil donne tant de prix aux offres du cœur.

» Puis viendront l'âge, la fatigue et l'ennui, le malaise et le dégoût. Ce sera le moment pour la femme, délivrée de « sagourme » et « rassasiée de passions », parvenue enfin à la maturité matrimoniale, d'épouser (1). »

Chaque âge a ses plaisirs...

Ces « liaisons polygamiques secrètes » (2), seraient infiniment plus morales et plus saines que les hypocrisies prudentes du flirt auquel se livrent nos demi-vierges :

« Je veux qu'elles cèdent franchement à l'instinct, quelles se donnent quand il leur en prend l'envie ; mais je hais qu'elles se détaillent et se débitent et que le calcul ou la crainte leur tiennent lieu de chasteté. Entre ces pratiques ménagères, progres-

1. Léon Blum, *du Mariage*, p.26.

2. Blum, *du Mariage*, p.328.

sives, dont la limite est fixée d'avance par la prudence, non par la pudeur, et le don confiant que j'imagine, je vois toute la différence du vice et de la volupté (1). »

Ainsi le mariage ne mettrait plus en présence une jeune fille qui demande encore tout à la vie et un homme rassasié d'aventures, au risque des pires discordances et des plus irrémédiables malentendus. Hommes et femmes ne songeraient au mariage « que lorsqu'ils auraient dépensé l'un et l'autre leurs instincts polygamiques et qu'ils seraient arrivés à un même potentiel affectif, condition nécessaire à la durée et à la stabilité de leur union (2). » Ainsi l'adultère perdrait tout son charme et un foyer paisible et stable serait assuré à l'enfant.

On dira peut-être que les enfants n'auront pas attendu le mariage pour venir, mais cette objection n'est pas pour embarrasser M. Blum :

« Sans doute on a des enfants quand on en veut, mais en a-t-on quand on préfère n'en pas avoir ou quand il serait dangereux qu'on en eût (3) ? »

Les connaissances ont fait des progrès et les mœurs aussi se sont modifiées bien qu'on répugne généralement à en convenir : les habitudes anticon-

1. *Ibid.*, p. 279.

2. Abram, p. 156 et 160 de *l'Évolution du Mariage*.

3. Blum, *op. cit.*, p. 312.

ceptionnelles sont déjà, quoi qu'on en dise, très universellement pratiquées :

« Ces actes paraîtront naturels, quand l'habitude en sera, non pas plus répandue, mais plus librement proclamée, quand on ne considèrera plus le genre de précautions que j'entends viser comme une sorte de secret honteux mais comme l'exercice du droit le plus légitime. Nous avons le droit de transformer la procréation en un acte réfléchi et volontaire et il est prodigieux que des créatures pensantes aient pu, pendant tant de siècles, lier à l'accomplissement d'un instinct l'acte le plus grave qu'il leur soit donné d'accomplir » (1).

» Il n'est pas plus difficile ni plus choquant d'apprendre à ne pas avoir d'enfants que d'apprendre à les faire. »

« Voltaire disait déjà : « C'est une des superstitions de l'esprit humain d'avoir imaginé que la virginité pouvait être une vertu ». Et le professeur Metchnikoff considère l'état de virginité comme éminemment nocif à l'espèce. Il y voit la source d'une sorte d'intoxication... » (2)

Paul Adam ne voit également qu'un préjugé dans le blâme que l'opinion attache encore aux libres rapports sexuels : « Classiques et romantiques, tous répètent à notre jeunesse que le but essentiel de

1. Blum, *op. cit.*, p. 315.

2. Blum, *op. cit.* p. 273

l'effort devait être l'asservissement d'une âme à nos désirs de propriété...

» Pour avoir rendu la volupté honteuse, ignoble et cachée, la morale chrétienne condamne des malheureux à l'ignoble ».

Il voit le salut dans le retour à cette franchise nécessaire qui rend l'homme précieux aux hommes (1)...

« Soyez donc des voluptueux, savants et raffinés... qui veulent, pour chaque instant de plaisir, une convivie nouvelle (2). »

Mais, s'il ne recule pas devant la polygamie, il a l'amour de la fécondité. La femme s'honore en procréant et c'est à elle que revient, naturellement et très légitimement la responsabilité et la charge des enfants. Et cela est fort logique car, avec ces mœurs nouvelles, il ne sera pas toujours aisé de démêler les paternités.

» L'homme n'a rien à voir, une fois passé, dans l'avenir d'un enfant dont, matériellement et positivement parlant, il sera toujours difficile d'établir l'authentique ascendance. C'est-à-dire que je trouve réactionnaire et funeste toute tentative de la loi pour retirer à la femme l'entière responsabilité de ses amours et de sa maternité. Loin de l'élever on l'avilit. Il n'y a rien de honteux à engendrer, au con-

1. Paul Adam, *La Morale de l'amour*, p. 6 et sq.

2. Id. *Ibid.*, p. 11,

traire!... L'État lui doit de la gratitude, non pas une réparation » (1).

Nous avons vu M. Coulon proposer le divorce par consentement mutuel, les frères Margueritte demander, pour les mêmes raisons, le divorce par la volonté d'un seul, M. Blum ne sauvegarder le mariage qu'en lui donnant pour préface la polygamie la plus libre et la polyandrie la plus échevelée, et enfin M. Paul Adam faire l'apothéose de la volupté libre. Les modernes novateurs ne reculent pas devant le malthusianisme (2), quand ils ne nous ramènent pas purement et simplement au matriarcat des époques primitives.

Ils accordent en général, que l'avènement immédiat de l'union libre serait prématurée : « Assurément, dit M. Victor Margueritte, le but à atteindre est encore lointain et il serait imprudent de proclamer dès maintenant l'union libre à laquelle nul n'est préparé et qui aurait pour résultat immédiat de laisser la femme à la merci égoïste de l'homme. A l'heure actuelle et dans l'état des mœurs, l'union libre n'est qu'une utopie qui spolierait la femme et les

1. Paul Adam, *Gil Blas*, 17 sept. 1905.

2. « La femme ne sera plus disposée à donner le jour à un grand nombre d'enfants, comme pour obéir à un décret de la Providence elle voudra jouir de sa liberté, et non passer la moitié ou les trois-quarts de ses plus belles années en état de grossesse ou avec un enfant au sein. » (Bebel.)

enfants » (1). Elle ne deviendra possible que dans une société communiste matriarcale.

Cause première de la prostitution, qui d'après M. Naquet « est une soupape de sûreté », ainsi que de l'adultère, contraire à la liberté individuelle aussi bien qu'à la sélection naturelle, le mariage indissoluble ne serait donc qu'une cause d'oppression pour l'individu et de dégénérescence pour l'espèce. Mais toutes les raisons qu'on fait valoir contre l'indissolubilité valent en faveur de l'union libre, nous ramènent même à la promiscuité des premiers âges, à l'abandon ou à la suppression pure et simple de l'enfant. Si nous avons insisté sur les idées de MM. Léon Blum et Paul Adam, bien qu'elles n'aient aucun intérêt juridique, c'est pour bien montrer jusqu'où nous menaient les principes de MM. Coulon et Margueritte. Auguste Comte avait prédit que l'usage du divorce ne pouvait constituer qu'un premier pas vers l'entière abolition du mariage (2). Et M. Fonsegrive, après avoir montré dans son intéressante enquête que l'idée de la famille ne repose plus guère que sur deux conceptions : celle du bonheur, celle de l'amour (3), a parfaitement raison de déclarer une

1. D'après Clément, *La dépopulation en France*. Paris, 1910, p. 230-231.

2. Auguste Comte, *Cours de Philosophie positive*, t. X, p. 687.

3. Fonsegrive, *Correspondant*, 10 mars 1909, p. 800 ; cet intéressant article analyse les productions sur l'amour, la famille et le mariage et les juge au point de vue catholique.

telle théorie destructive et de la famille et de la société.

Au lieu de se placer au point de vue variable et contingent de l'intérêt des deux conjoints, il faut donc se placer au point de vue de l'enfant, immuable et identique à celui de l'espèce, exigeant la famille la plus stable et la plus forte possible.

Mais au nom de quel principe ? Disons-nous aux individus qu'en se mariant ils assument une mission voulue de Dieu. Ou bien leur imposerons-nous l'indissolubilité et la fécondité des unions au nom d'un devoir sacré mais dont on ne donne pas les raisons. Pour sauver la famille le droit sera-t-il obligé d'emprunter ses prémisses à une religion qui n'est pas admise de tous les citoyens ou à une morale qui, après tout, n'est peut-être qu'un ensemble d'habitudes sociales héréditaires toutes fortuites ? Renoncera-t-il à son autonomie ?

Il ne lui reste qu'un recours : l'intérêt. Mais l'intérêt social est une pure abstraction : que peut bien être un intérêt qui ne serait pas l'intérêt de quelqu'un. Les individualistes ont raison : le but du droit, son vrai sujet final, c'est l'homme, l'individu. Il ne peut y en avoir d'autre.

Seulement, et c'est ce qui fait l'infirmité et même l'absurdité de ce point de vue, si chacun poursuit sans entrave son bonheur personnel, par les luttes et les désordres qui en résultent, on n'aboutit qu'à

malheur universel. Nous savons bien que Fourier prétend au contraire que les passions et les intérêts des hommes s'harmonisent naturellement, mais comme il ajoute que cet accord ne se manifeste que dans une société renouvelée, nous n'avons même pas au point de vue juridique, à discuter ses idées, puisque c'est à la société telle qu'elle est aujourd'hui que nous avons affaire.

Si l'on se place à ce point de vue positif de l'intérêt immédiat actuel dans la société actuelle, il est bien évident que ce qui importe à l'individu, c'est d'avoir la faculté de rompre à son gré une union qui lui pèse. Sans doute il a également intérêt à la stabilité des unions, il lui importe que son conjoint ne vienne pas sans raison briser l'union où il trouve la sécurité et le bonheur. Sans doute l'instabilité des unions est défavorable aux enfants, et l'individu s'il n'a pas d'enfants ou s'il les élève mal risque, sur ses vieux jours, de rester seul et sans appui dans la vie ; s'il n'y a pas d'enfants ou si leur éducation est abandonnée au hasard, la nation s'affaiblit : dès lors les charges militaires et financières, comme nous le voyons actuellement en France, réparties sur un trop petit nombre d'individus pèsent plus lourdement sur chacun : la puissance et l'influence de la nation diminuant elle n'a plus la force de défendre ses intérêts politiques et économiques et sa place se rétrécit dans le monde en même temps que son pouvoir de production se réduit.

Tout cela importe à l'individu mais il est mal placé pour en tenir compte, les maux dont on le menace sont lointains, imprécis, et même discutables, car s'il est certain que les calamités sociales entraînent le malheur ou la gêne des particuliers, il faut accorder qu'exceptionnellement ils peuvent prospérer dans une société en pleine décadence.

C'est ici que le droit intervient et qu'il est nécessaire qu'il intervienne dans l'intérêt même de l'individu. C'est lui seul en définitive qui recueille le bénéfice de toutes les règles établies par le droit, qu'elles appartiennent au droit privé, au droit criminel ou au droit public. Mais c'est un fait que l'homme ne peut vivre qu'en société. La vie sociale, par la permanence des buts communs groupe les hommes en formation plus élevée. Et le droit ne regarde que l'homme social. Le juriste ne peut se passer de l'interposition de cette entité.

Elle devient ainsi le but du juriste et se place pour lui au-dessus des individus. Nous touchons ici au point capital de l'organisation du droit. Il réside dans la suprématie de l'intérêt général sur les intérêts individuels.

Pour l'imposer, c'est encore à l'intérêt que le droit aura recours : par la contrainte il réalisera artificiellement l'identité indispensable de l'intérêt particulier et de l'intérêt général : un individu avait un puissant intérêt à faire quelque chose de nuisible à la collec-

tivité ; le Code lui prouve péremptoirement qu'il a un intérêt bien plus considérable encore à s'en abstenir. Les autres motifs qui peuvent inspirer les actions humaines, le droit veut les ignorer ; ils sont trop instables ; ils supposent la bonne volonté chez les individus : il serait imprudent de compter sur leur concours en des matières où c'est l'existence même de la société qui est en jeu. Le juriste, de même qu'il ne s'est donné pour but que l'intérêt, ne se donnera comme moyen d'action que l'intérêt : cette nouvelle abstraction lui est indispensable. Ainsi peut se limiter nettement le domaine du droit et se circonscrire son action.

Tout le fonctionnement du commerce juridique n'est donc qu'un système parfaitement agencé de l'égoïsme. Plus ce système sera parfait, plus les relations de la vie se développeront.

Un des avantages de l'égoïsme, comme principe de droit, réside dans son indifférence à la personnalité. La société réalise ses buts en les rattachant aux intérêts individuels. Elle a comme allié l'égoïsme social et comme ennemi l'égoïsme individuel. L'égoïsme individuel n'est pas toujours intelligent ; ses aveugles initiatives aboutiraient à la désorganisation et à la destruction de cette société qui lui est pourtant indispensable à la réalisation de ses fins. Le droit, qui est l'organe de l'égoïsme collectif raisonnable et clairvoyant, mate l'inielligence des intérêts indi-

viduels par la contrainte. Tout le monde n'a pas l'intelligence nécessaire pour comprendre que l'intérêt général et l'intérêt particulier sont un, et la loi peut se définir : la coalition des gens intelligents contre ceux qui ne savent pas comprendre et prévoir, non pas pour faire leur bonheur malgré eux, mais dans l'intérêt de la généralité. Ce qu'elle fera pour cet intérêt général, pour son intérêt, sera juste, car la justice c'est l'intérêt de tous.

Est juste ce qui est opportun à tous. L'intérêt social exige la stabilité des unions. Les animaux eux-mêmes restent unis jusqu'au moment où leurs petits sont capables de se suffire à eux-mêmes.

Exige-t-il l'indissolubilité absolue ? C'est ce que soutiennent les penseurs catholiques qui se placent au point de vue exclusif de la race. Mais l'argument n'a pas la portée qu'ils sont forcés de lui donner pour justifier une solution préconçue : quand ils n'ont plus besoin de l'aide de leurs parents ou même quand d'autres se sont chargés du soin de leur éducation et s'en acquittent convenablement, le motif disparaissant, l'union doit pouvoir se dissoudre ; enfin, un ménage désuni étant un mauvais milieu pour l'enfant, nombreux sont les cas où, dans son intérêt même, il vaudrait mieux laisser se dissoudre l'union en exigeant seulement des parents qu'ils subviennent solidairement à son entretien en proportion de leurs ressources.

Mais, dira-t-on, l'indissolubilité de l'union importe également aux deux conjoints pour qui elle constitue une garantie, et plus particulièrement à la femme, à laquelle elle assure la sécurité. Sans doute, mais quand les deux époux sont d'accord pour se séparer, ils n'ont plus que faire de cette garantie : le principe posé autorise donc le divorce par consentement mutuel. Mais si un des époux ne tient pas les engagements qu'il a pris en se mariant, s'il s'arrange de manière à profiter des bénéfices de l'association en esquivant les charges, si fou, alcoolique ou contaminé (1), il devient un danger pour son conjoint, la société ne doit-elle pas prendre la défense de celui des deux époux dont les intérêts, la vie, sont menacés et lui rendre sa liberté ?

Si l'un des deux époux, tout en s'acquittant matériellement de toutes ses obligations, rend la vie absolument insupportable à son conjoint, faut-il continuer à admettre qu'il s'acquitte de ses devoirs, et comme, dans ces cas-là, les torts finissent presque toujours par être réciproques et sont par surcroît difficiles à vérifier et à apprécier dans le détail, ne suffira-t-il pas qu'un ménage soit notoirement désuni pour justifier le divorce par la volonté d'un seul, sans chercher à savoir si celui qui demande la rupture est victime ou bourreau. Même quand un des

1. Le nouveau Code de Monaco admet ces trois cas de divorce.

deux conjoints s'oppose à la rupture de l'union, ne lui rend-on pas souvent service en le sortant d'une situation impossible ?

Le grand moyen de justifier l'indissolubilité absolue est donc de dire qu'elle est le système le plus favorable à la société, celui qui assure le mieux sa stabilité et sa prospérité. C'est faire de la société un être véritable ayant ses fins particulières, ses intérêts propres, système qui a servi de tous temps à justifier toutes les tyrannies. Si, comme nous avons essayé de le montrer, l'intérêt social n'est que l'intérêt de l'ensemble des individus, on va commencer par les priver du bien auquel ils tiennent le plus, la liberté de disposer d'eux-mêmes et de se conduire à leur guise pour assurer un ordre social peut-être chimérique et dont la nécessité absolue n'est pas établie.

On insiste, il est vrai. On nous dit : prenez garde ! L'individu et l'État sont également intéressés à l'observation des promesses. Les deux époux se sont promis fidélité *pour la vie*.

Étant donné le développement pris par le divorce, il serait en effet plus exact de leur faire jurer fidélité pendant la durée de leur union : c'est ainsi, malgré la formule officielle, que le comprennent déjà les intéressés, et il vaudrait mieux la supprimer, puisque c'est un fait qu'elle n'est plus prise au sérieux. Mais admettons qu'on puisse se prévaloir de cet engage-

ment. Les individus ne sont pas infailibles. Il est bon qu'en se mariant, ils veuillent et croient s'unir pour la vie, mais il est prudent que la société prévoie le cas où ils cesseraient de s'entendre, comme il est prudent, afin d'éviter l'arbitraire et le caprice dans la rupture qu'elle se réserve d'y intervenir, et qu'elle y mette pour condition son adhésion préalable. Dès lors, la seule question qui se pose dans ce cas particulier, c'est de savoir s'il n'y a pas plus d'inconvénient encore à maintenir l'union qu'à la rompre. Or, avec la liberté que les mœurs accordent actuellement aux femmes aussi bien qu'aux hommes, quand la loi interdira à l'individu de sortir du mariage, il est à craindre que celui-ci ne se passe de la permission et que le désordre social soit pire que s'il y avait rupture officielle ?

Nous admettons donc le divorce pour les motifs développés dans les travaux préparatoires du Code civil. Quant au divorce par la volonté d'un seul, c'est un mal social, mais qu'il faudra accepter en l'entourant de garanties et de délais toutes les fois qu'il sera établi que les fins du mariage ne sont plus réalisées dans une union.

Mais tandis que les frères Margueritte l'admettent comme un droit imprescriptible et absolu de l'individu, nous lui faisons une place au nom de l'intérêt social actuel, ce qui nous permet de le limiter, de le contrôler, et surtout de refuser d'aller plus loin

dans la voie des réformes. Nous faisons à l'individualisme une place suffisante, en reconnaissant que la liberté est pour les individus le plus grand des biens, que la loi ne peut la limiter que s'il est bien démontré que c'est indispensable à l'intérêt général, et qu'au demeurant, il est inutile que la loi devienne tyrannique, puisque presque toujours elle devient en même temps inefficace.

Nous sommes ici au cœur même de notre sujet. Le relâchement des mœurs pourra amener le législateur à de nouvelles concessions, la nécessité pourra le forcer à rendre les ruptures de plus en plus faciles. Le mariage n'en restera pas moins parfaitement distinct de l'union libre : l'union libre est l'union dont on sort comme on veut, le mariage est celle dont on ne sort qu'avec le consentement de la société agissant comme arbitre des intérêts particuliers et comme gardien des intérêts généraux.

III. — *Inégalité familiale.*

Le mariage tel qu'il a été établi par le Code civil, admet la subordination de la femme à l'homme, des enfants aux parents : c'est ce qu'on appelle l'autorité maritale et l'autorité paternelle.

Beaumarchais se plaignait déjà que la femme fût

considérée comme « mineure pour ses biens, majeure pour ses fautes ». Et en 1789, Cailly s'écriait : « Quoi, le mariage est une société légitime ; et dans cette société, l'un est tout et l'autre n'est rien ! Ils ne font qu'un ; et une moitié de cette union commande, l'autre sert ! l'une opprime, l'autre est opprimée et ne peut cesser de l'être (1). »

Victor Hugo disait à son tour : « La femme est civilement et moralement esclave. »

Malgré un certain nombre de réformes de détail, on dit encore de nos jours qu'« il y a deux lois dans la loi, une pour les hommes, l'autre pour les femmes. » (2) M^{me} Avril de Sainte-Croix constate que cet état de choses est contraire aux principes de liberté et d'égalité qui sont à la base de nos lois depuis la Révolution : « Il y a actuellement, dit-elle, une différence profonde entre la condition de l'homme et celle de la femme. Or, il ne doit y avoir qu'une morale et qu'un droit égal pour les deux sexes. Tant que ne sera pas admise cette conception, la femme, et tout particulièrement la femme répudiée, sera maintenue dans un état d'infériorité dans la société (3). »

Cet état de choses est considéré comme un

1. Cailly, *Griefs et plaintes des femmes mal mariées*, 1789.

2. Léon Richer, d'après J. Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 38.

3. M^{me} Avril de Sainte-Croix, d'après Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 199.

anachronisme : « La subordination sociale de la femme, dit Stuart Mill, surgit comme un fait isolé au milieu des institutions sociales modernes ; c'est une lacune unique dans leur principe fondamental (liberté, concurrence), c'est le seul vestige d'un vieux monde intellectuel et moral, détruit partout, mais conservé en un seul point, celui qui, précisément, présente l'intérêt le plus universel. »

Seule l'habitude nous empêche d'être choqués par une institution qui ne correspond plus ni à nos idées, ni à nos mœurs : « Cette servitude passe inaperçue, dit M. Le Foyer, précisément parce qu'elle est invétérée, fondamentale.

« Parmi nous, la servitude de la femme n'est que politique, civile, économique, intellectuelle, morale et sexuelle ; combien d'esprits, jusqu'à ces derniers temps, remarquaient cela ? Les faits sociaux actuels descendent des faits sociaux antérieurs ; les idées courantes sont liées aux faits sociaux ; les lois ne font que sanctionner les idées, sans que rien ait jamais été librement délibéré et rationnellement organisé. Ainsi une tradition, dont l'origine peut être un accident, en vient à être considérée comme une nature essentielle (1). »

Non seulement le sort fait à la femme n'a été réglé ni par des considérations d'ordre naturel, ni par des

1. Lucien Le Foyer, Conférence sur la femme future.

vues d'ordre rationnel, mais il se trouve en opposition directe avec l'idée que nous nous faisons de l'union conjugale : nous la voulons sincère, basée sur l'affection, l'amour, la confiance et le dévouement réciproques. Or, l'obéissance est-elle compatible avec l'amour ? M. Marcel Prévost, qui considère l'amour comme « la clé de la voûte conjugale » (1), est amené par le fait même qu'il compte l'amour parmi les obligations réciproques des époux, à rayer l'obéissance du nombre des devoirs de l'épouse, car « il faut que le mari choisisse entre l'amour et l'obéissance de sa femme » (2). Il admet l'égalité jusque dans la faute. Aussi, la femme ne doit-elle pas la laisser passer quand elle se produit chez son époux sans au moins marquer le point : qu'elle soit douce, résignée, silencieuse même, mais qu'elle lui laisse voir qu'elle n'est ni dupe, ni ignorante : « Sévérité égale pour la défaillance de l'époux et de l'épouse, ou indulgence égale, suivant les cas ; mais égalité (3). »

Et l'auteur des lettres à Françoise, qui n'est ni un ennemi du mariage, ni même un révolutionnaire, conclut en ces termes : « Vers l'affirmation et l'accroissement de la personne féminine évolueront les mœurs et les lois du mariage, cela n'est pas douteux. Et,

1. M. Prévost, *Lettres à Françoise mariée*, p. 33.

2. *Ibid.*, p. 40.

3. M. Prévost, *Journal* du 22 mars 1908.

comme de coutume, ce seront les mœurs qui précéderont les lois (1). »

Les progrès intellectuels et moraux faits par la femme depuis cent ans rendent du reste son affranchissement possible et légitime : « C'en est fait désormais, dit M. Izoulet, de l'alternative insultante : « Ménagère ou courtisane (2). » L'âme féminine a conquis sa dignité mentale et morale, laquelle ne saurait manquer de se traduire tôt ou tard en accroissement de dignité légale, car le passage est irrésistible du psychique au juridique.

« Un accroissement de conscience chez la femme ne peut pas ne pas déterminer un accroissement de droit (3). »

*
* * *

L'asservissement de la femme nous vient à la fois du droit romain, du droit chrétien et de la coutume germanique, ce qui n'a rien d'étonnant, car il semble bien que la femme ait été traitée aux âges primitifs comme une chose, comme une propriété, comme une esclave condamnée par l'homme, qui l'exploitait, aux plus durs travaux et à la sujétion la plus absolue. On pourrait même dire que les progrès de

1. M. Prévost, *Lettres à Françoise mariée*, p. 298.

2. Proudhon.

3. Jean Izoulet, cité par J.-J. Renaud, *op. cit.*, p. 33.

la civilisation se mesurent à la situation meilleure faite à la femme :

« D'où vient donc cette intervention de la loi ; cette partialité en faveur du fort contre le faible ; ce vieux reste de barbarie qui entache notre pseudo-civilisation », s'écrie M^{me} Séverine.

« Ne cherchez point ! Il en est de cela comme de l'autorité paternelle ; comme de la bénignité des châtimens qui frappent les parents bourreaux et les maris chourineurs. »

« C'est le legs de la vieille civilisation romaine : le pouvoir illimité du chef de famille sur les siens ; l'enfant *propriété* du père, la femme *propriété* de l'époux... C'est l'instinct de possession qui se retrouve au fond des crimes du foyer. Il assure l'impunité ou la presque impunité du forfait (1). »

Pourtant le sort de la femme romaine était encore meilleur que celui de la femme grecque, conduite à l'époux sans son consentement et condamnée dès lors par les mœurs à une réclusion perpétuelle, sans aucune intimité avec celui auquel on l'a livrée ; en Grèce « le mari ne voit dans sa femme légitime qu'un instrument de reproduction » (2).

Chez les Germains l'époux, ou, à son défaut, les plus proches parents mâles de la femme lui doivent défense et protection, mais, en revanche, sont ses

1. Séverine, *En marche*.

2. Abram, *op. cit.*, p. 22.

maîtres absolus : le *mundium*, tel qu'il subsiste encore au moyen âge, ne créait pas pour la femme une sujétion moins dure que la *manus*.

Sans doute le sort de la femme juive était meilleur : elle jouissait de plus de considération, de plus de respect, de plus d'influence, d'une certaine liberté et d'une réelle initiative. Mais ce serait une grave erreur de croire que le christianisme même ait préconisé l'égalité des sexes comme on l'a souvent cru. Sans doute la religion nouvelle accorde à la femme dans le mariage des droits égaux à ceux de l'homme, mais elle ne lui en reste pas moins profondément subordonnée.

C'est ce qu'établit très clairement M. Coulon dans sa brochure : *Jésus et la Femme*. L'Église se glorifie d'avoir relevé le sort de la femme. « Si l'on veut parler de l'émancipation morale et non de l'émancipation sociale, nous estimons, dit M. Coulon, que la prétention de l'Église est absolument justifiée, mais ce qui est moins indiscutable et ce que nous voulons établir dans cette brochure, c'est que la pensée de l'émancipation sociale de la femme, l'idée même de modifier sa condition, n'est jamais venue à aucun moment au créateur de la religion chrétienne (1).

Saint Paul dit à son tour, dans l'épître aux Corinthiens : « Mais je désire que vous sachiez que l'homme

1. Coulon, *Jésus et la Femme*, 1895, p. 4.

est le chef de la femme. L'homme est l'image de la gloire de Dieu, au lieu que la femme est la gloire de l'homme... Le mari est le chef de la femme, comme Jésus-Christ est le chef de l'Église. »

Cause du péché originel et condamnée par suite à enfanter dans la douleur, la femme est même, en général, considérée par la tradition judéo-chrétienne comme un être particulièrement enclin au mal et comme une occasion de chute pour l'homme. Au moyen âge, un concile a sérieusement discuté la question de savoir si la femme avait une âme.

Le catholicisme qui prêche à l'homme l'obéissance l'exige surtout de la femme. La Révolution a essayé de l'affranchir, mais le Code l'a remise sous le joug : c'est une conséquence et de la réaction exagérée contre les idées de liberté qui commencent avec le consulat, ainsi que des idées personnelles de Napoléon qui exigeait chez la femme la soumission la plus absolue.

Contraire à l'évolution générale des mœurs, car il semble bien, comme le dit M. Louis Bridel, que l'humanité s'est élevée successivement de la famille maternelle, œuvre de la nature, à la famille paternelle, basée sur l'autorité pour aboutir enfin à la famille parentale fondée sur la justice (1), cette réaction ne saurait être durable et n'est supportée que

1. Louis Bridel, *la Femme et le droit*. Paris, Lausanne, 1884.

très impatiemment par les femmes, ce que prouve ce fait bien connu qu'à notre époque le divorce est demandé plus souvent par la femme que par l'homme :

« Le mariage, dit M. Jacques Flasch, est donc plus insupportable à la femme qu'à l'homme. Oui, le mariage, tel que nos mœurs et nos lois l'ont fait, est une union où rarement la jeune fille est mise à même de choisir, en pleine indépendance d'esprit et de cœur, où il n'existe pour les époux ni égalité de droit, ni égalité de devoir, où la femme, au lieu de devenir l'égale de l'homme, devient son inférieure, souvent sa victime, où elle doit la fidélité sans pouvoir l'exiger en retour, où elle perd à la fois sa capacité juridique et la libre disposition de son avoir, où le régime du droit commun — celui auquel se trouvent soumis deux cent mille ménages sur deux cent quatre-vingt-dix mille qui se forment bon an mal an en France — est le régime de la communauté qui met jusqu'au gain de la femme à l'entière disposition du mari (1) ».

* * *

C'est donc le régime matrimonial qu'on attaque d'abord.

Émile Accolas disait déjà : « La communauté est

1. Jacques Flasch, dans l'enquête de Chavagnes et Coulon, p. 58.

le pire trompe-l'œil qui figure dans nos lois... Cette communauté, abusive et mensongère, où souvent la femme apporte tout ce qu'elle possède, tout ce qui constitue le fonds commun, où elle ne peut disposer qu'avec la permission du mari qu'elle a enrichi, et dont elle ne sort que dépouillée et ruinée. »

La modification du Code sur ce point est peut-être la réforme la plus urgente, la plus utile et la moins dangereuse qu'on puisse proposer, car l'expérience en a déjà été faite par plusieurs pays et n'a donné, semble-t-il, que de bons résultats.

Actuellement « l'Anglaise mariée est capable d'acquérir, de détenir ou d'aliéner par testament ou autrement, tous ses biens, meubles et immeubles, comme si elle n'était pas mariée... La même loi reconnaît à la femme le droit de conserver comme sa propriété séparée et d'en disposer à son gré tous les biens, meubles et immeubles qui lui appartiennent au jour de son mariage, ceux qu'elle acquiert pendant la durée de l'association conjugale, y compris tous gages et salaires et produits de son commerce ou de son industrie, et ceux qui lui adviennent par succession, donation ou legs. » Le régime légal anglais est donc le régime de la séparation de biens (1).

M. Ribot constate qu'il n'en est résulté aucun inconvénient : « Il ne paraît pas, dit-il, que les chan-

1. Loi du 18 août 1882. V. Coulon, p. 63-64, et *Bulletin de la Soc. de législ. comparée*, t. XI, p. 443.

gements introduits en Angleterre par les lois de 1871 et de 1882 coïncident le moins du monde avec un affaiblissement de l'esprit de famille, et c'est même une chose curieuse à remarquer que les pays qui professent le plus grand respect pour le foyer domestique, ont été les premiers à réaliser l'émancipation totale de la femme dans des actes de la vie civile(1). »

Les droits de la femme allemande sont moins étendus. Elle jouit toutefois de beaucoup plus d'indépendance encore que n'en accorde à la femme la France républicaine. Elle doit « dans la sphère de la maison, prendre soin des affaires du mari et le représenter ; et les actes juridiques qu'elle fait dans cette sphère valent, comme s'ils étaient accomplis par le mari, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire. » (2) Elle est dispensée de l'autorisation maritale, « pour accepter une succession ou un legs, pour refuser une offre de contrat ou une donation, ou pour faire un acte juridique à l'égard de son mari (3). » Enfin le Code civil allemand rejette comme régime de droit commun notre communauté légale et même la communauté réduite aux acquêts.

Comme le fait remarquer le professeur Bridel, « au point de vue numérique et du droit positif, la sépa-

1. Ribot, à la Société de législation comparée de Paris.

2. Code civil allemand, art. 1354 à 1357, trad. par Raoul de la Grasserie. Pourtant la jurisprudence française, au défaut de la loi, accorde presque les mêmes droits à la femme mariée. Voyez pages 186 et 187 et les notes.

3. Code civ. all., art. 1406 et suiv.

ration de biens est le premier régime de l'Europe. Il ne cesse pas de triompher à d'écrasantes majorités, quand ce n'est pas à l'unanimité, à tous les congrès (1894, 1900, 1902) » (1).

M. Coulon était donc bien modéré quand, dans sa brochure de *la Réforme du Mariage* (1900), il proposait ce texte de loi : « Les époux doivent, au moment de la célébration de leur mariage, déclarer à l'officier de l'état civil que le régime par eux adopté est celui de la communauté universelle ou celui de la séparation de biens. »

Cette réforme est préconisée non point par les adversaires du mariage, mais par ceux qui trouvent qu'on ne saurait ni se passer de lui, ni l'altérer profondément sans de graves dangers :

« J'estime, dit M. Jacques Flasch, qu'elle doit se faire non pas aux dépens du mariage, mais à son avantage, et je conclurai en disant que le véritable intérêt de la société n'est pas dans l'avènement de l'union libre, mais au contraire dans la régénération du mariage... par le relèvement de la femme au niveau du mari dont elle doit devenir, comme dans nos chansons de geste, l'égale et l'associée *per et compayne* (2).

1. En Roumanie, où le régime de la séparation de biens est de droit commun, la force des traditions est telle que ceux qui posent quelque chose adoptent généralement le régime dotal.

2. Jacques Flasch dans l'enquête de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 58-59.

*
* *
*

Le Dr Ph. Maréchal est plus radical. Il réclame une loi de deux lignes qui, croit-il, suffirait à émanciper complètement la femme en en faisant l'égale de l'homme si l'on abrogeait en même temps tous les articles du Code qui lui sont contraires.

ARTICLE UNIQUE. — Les Français et les Françaises majeurs ont les mêmes droits civils et politiques (1).

D'après beaucoup de bons esprits, l'égalité des sexes aurait des avantages non seulement pour la femme, mais pour l'humanité en général et même pour l'homme. « La femme, dit M. J.-Joseph Renaud, doit devenir peu à peu libre. Cette funeste protection masculine l'avilit et ne lui laisse ni initiative, ni responsabilité. La liberté restituera à l'esclave son prestige, lui ouvrira un champ d'action et de pensée immenses.

« Responsable, elle sera grave dans la décision. Comment cesserait-elle d'être cet enfant insignifiant qui pullule dans la foule et qu'on retrouve en scrutant même l'élite, si elle ne peut agir que par l'intermédiaire de l'homme, et si les conséquences de ses actes ne concernent que lui. L'être merveilleux

1. Dr Ph. Maréchal, *Une loi de deux lignes peut émanciper la femme*. Paris, 1906.

qu'elle est *virtuellement* ne deviendra *réel* que par la liberté ; l'éducation nouvelle, seule, serait inefficace (1). »

Mais Paul Adam tire de cette égalité de droit entre les deux sexes une conséquence imprévue : « J'estime, dit-il, que dans la société prochaine, la femme doit vivre libre, indépendante, égale de l'homme en toutes choses. Par conséquent, il sied qu'elle affirme dès à présent les responsabilités que la nature lui décerna. Nul n'est socialement, c'est-à-dire relativement libre que s'il se reconnaît apte à cette liberté, sans recourir à la compassion des voisins, à leur domination. Aussi, me semble-t-il que la femme rendue mère ne doit s'en prendre qu'à elle-même de l'aventure. Elle a consenti. Les conséquences lui doivent incomber (2). » Il est certain que la femme ne sera jamais totalement libre tant qu'il lui faudra implorer l'homme pour qu'il prenne la charge de l'enfant. Il est également certain qu'à mesure qu'on diminue les privilèges du père et du mari par les lois protectrices de l'enfance et de la femme, on devrait diminuer en proportion ses responsabilités.

Mais la femme pourra-t-elle, surtout avec le maigre salaire que lui accorde la société capitaliste, arriver à élever les enfants et n'est-ce pas lui faire payer

1. J.-Joseph Renaud dans l'enquête de Chavagnes et Coulon, p. 163 et 164.

2. Paul Adam, *Gil Blas*, 17 septembre 1905.

trop cher sa liberté que de lui imposer un fardeau aussi écrasant. Ainsi la réforme qui nous avait paru la plus anodine nous ramène de nouveau au socialisme : si l'on veut que la femme soit vraiment libre, il est indispensable de faire élever les enfants aux frais de l'État !

La femme ne sera vraiment libre que le jour où elle sera économiquement indépendante.

* * *

On réclame également sinon l'abolition, du moins la restriction et la réglementation de l'autorité paternelle. On prend la défense de l'enfant contre les excès de pouvoir possibles de ses parents. Le législateur s'est inspiré de ces vœux en votant en faveur de l'enfant une série de réformes qui limitent sur un certain nombre de points l'autorité des parents, mais si l'enfant par exemple à partir de seize ans a la libre disposition de son salaire, comment continuer à imposer au père les charges de la paternité en lui enlevant tout contrôle sur son fils. Il y a là quelque chose qui n'est peut-être pas parfaitement équitable.

C'est surtout en matière de consentement au mariage qu'il est question de limiter l'autorité des parents. Leur intervention n'a plus de raison d'être si, dans le mariage, ce ne sont plus deux familles qui s'unissent, mais deux individus.

« Il semble aujourd'hui encore, disent MM. de Chavagnes et Coulon que les enfants soient avant tout, même au delà de la majorité, la propriété absolue des parents.

« C'est un non sens et une aberration qui trouvent leur explication dans les idées religieuses et dans les vestiges du droit romain. » Le consentement des parents était en effet d'usage à Rome ainsi du reste que chez les Germains : *intersunt parentes et munera probant* (Tacite). Il y a là par conséquent une survivance de l'antiquité qui n'a plus sa raison d'être à notre époque individualiste.

« Ces entraves, allégées du reste par des lois récentes, empêchent ou retardent beaucoup de mariages, alors que l'intérêt social exige qu'il y en ait le plus possible. Il ne faudrait « aucune entrave au mariage dès que l'homme et la femme auront atteint leur majorité. Ni autorisation des ascendants, ni paperasses. Rien qu'un extrait de l'acte de naissance » (1).

L'autorité paternelle a été, et non sans d'excellentes raisons, limitée, comme nous l'avons vu sur nombre d'autres points. Enfin, beaucoup d'esprits modérés admettent qu'en général les parents n'ont ni les connaissances, ni les qualités, ni l'expérience nécessaire pour mener à bien l'éducation de leurs enfants : « Si peu de familles, dit M. Letourneau,

1. Les frères Rosny dans de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 178.

peuvent ou savent donner à l'enfant une saine éducation physique, morale et intellectuelle, que, dans ce domaine, de larges empiétements de l'État... sont probables et même désirables (1). »

En somme, M. Léopold Lacour semble bien résumer les opinions qui prévalent actuellement quand il déclare : « La famille repose encore sur le principe d'autorité ; autorité maritale, autorité paternelle. C'est en contradiction avec nos idées d'égalité et de liberté. Le mari et la femme, le père et la mère également égaux à tous points de vue, et tous les enfants égaux devant la loi eux aussi, voilà ce que je désire d'abord (2). »

En ce qui concerne la femme, peu nombreux sont ceux qui s'inscriraient en faux à l'heure qu'il est contre l'opinion des frères Margueritte : « Nous sommes de ceux qui veulent pour notre compagne un peu moins de protectrice, et d'insultante pitié, un peu plus d'impartiale égalité (3). »

Les objections qu'on oppose à la doctrine nouvelle et les répugnances qu'elle soulève ne sont, d'après eux, qu'une survivance irraisonnée du passé ou une forme inconsciente de l'égoïsme masculin : « Toutes,

1. Letourneau dans de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 107-108.

2. Léopold Lacour, lettre citée par de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 107.

3. Les frères Margueritte, *l'Élargissement du divorce*, p. 12.

disent-ils, viennent du passé, du fond d'un passé de superstition religieuse et de dogmatisme juridique. Toutes sont les voix, déguisées ou non, de la seule oppression masculine (1). »

Il est permis cependant de se demander s'il est vraiment possible d'enlever peu à peu au père de famille et au mari tous ses privilèges, toute son autorité et de lui laisser en même temps toutes les responsabilités du mariage. Il est naturel, il est nécessaire, que les droits et les devoirs, les charges et les privilèges se fassent équilibre. Ne laisser à l'homme que les obligations du mariage, c'est le détourner du mariage. Est-ce bien là ce qu'on veut ?

Que si, comme il est équitable, on travaille aussi à diminuer ces charges, ne sera-t-on pas amené peu à peu, mais inéluctablement au socialisme ? Mais, pour le moment, l'évolution sociale n'étant pas accomplie, c'est toujours sur la famille que se fonde la société.

IV. — *Le Contrat*

Le mariage, dit Pothier, « a été le plus ancien des contrats, car c'est le premier qui ait été fait entre les hommes. Aussitôt que Dieu eut formé Ève d'une des côtes d'Adam et qu'il l'a lui eut présentée, nos deux

1. Les frères Margueritte, *l'Élargissement du divorce*, p. 7.

premiers parents fient ensemble un contrat de mariage (1). »

Nul ne se risquerait sans doute aujourd'hui à être aussi nettement affirmatif, et Pothier, par cette allégation naïve autant que tranchante, nous fournit la meilleure réfutation de sa propre doctrine. Toutefois il ne manque pas de juristes qui affirment ou semblent admettre que le mariage est essentiellement un contrat.

« Si la paternité est un fait de nature, dit M. Courcelles Seneuil, la puissance paternelle est, comme le mariage d'où elle naît, une création de la loi positive. C'est la loi civile qui constitue la famille et lie ses membres par des conditions qui sont pour eux des engagements (2). »

Cette théorie a soulevé de nombreuses protestations : on lui reproche d'abord d'être inexacte, ensuite d'être néfaste.

Historiquement, le mariage n'a pas toujours été un contrat. M. Abram fait remarquer avec raison que ce caractère légal est une création récente du droit qui ne l'a emprunté ni au droit romain où le mariage est absolument consensuel, ni aux coutumes des Germains qui laissaient aux familles le soin de procéder aux unions sans aucune con-

1. Pothier, *Traité du contrat de mariage*.

2. Rapport de M. Courcelles Seneuil au Conseil d'État à propos de la loi du 24 juillet 1889.

sécration de l'autorité publique, ni même aux institutions mérovingiennes où le mariage demeure une affaire de famille et de droit privé. Chez les Romains « le mariage n'apparaît que comme une forme du droit de propriété (1) » pendant la période ancienne : l'État ignore les individus ; la femme est soumise à la *patria potestas*, comme les fils et les filles (*filiae loco*), les esclaves et les bêtes. Plus tard, quand domine le mariage par *usus*, le droit s'occupe du mariage, mais seulement avant et après : « Avant, il en définit les conditions, en fixe les empêchements ; après, il en détermine les effets, en régit les obligations (2). » Mais l'acte en lui-même reste un simple contrat privé. C'est même pour cela que la répudiation était si facile à Rome : c'était une pure affaire privée qui ne concernait l'État en aucune manière.

« A l'antiquité, dit M. Abram, correspond la première forme du mariage, acte privé, laissé pour sa conclusion et sa dissolution à la volonté des époux, sans aucune célébration solennelle, sans immixtion de l'État, mais entraînant du fait de sa conclusion et de sa dissolution des effets de droit nécessaires à l'intérêt public.

» La deuxième étape s'ouvre avec le Christianisme faisant du mariage, acte religieux, un contrat solennel, régi par le droit canonique.

1. Abram, *Évolution du Mariage*, p. 25.

2. P. Abram, *l'Évolution du mariage*, p. 29.

» Enfin, la troisième étape nous montre le mariage dépouillé de son caractère religieux, devenu acte civil public, mais conservant son caractère solennel et réglementé par notre Code civil actuel (1). » Il est donc clair que le Code civil a fait œuvre incomplète et illogique en conservant un élément religieux, chrétien, l'indissolubilité, maintenue sinon absolument en fait, du moins en principe, alors qu'il prétendait faire du mariage un contrat purement civil.

M. Abram est un partisan du mariage libre. Par une singulière rencontre, les écrivains catholiques qui font du mariage une affaire essentiellement religieuse, sont d'accord avec lui pour trouver la conception contractuelle du mariage artificielle, inutile et nuisible. Ils se divisent eux-mêmes en deux écoles : les intransigeants ne veulent pas admettre que le mariage soit un contrat, attendu qu'il est un sacrement, et maintiennent qu'il n'est qu'une affaire purement religieuse où le pouvoir civil n'a rien à voir ; les modérés y voient une institution résultant de la nature des choses que la religion porte à sa perfection, que le législateur révolutionnaire a transformé en une convention arbitraire, donnant ainsi au mariage un caractère artificiel factice. D'après M. Renard, dès que cette conception s'affirme elle produit le relâchement de la famille et les saturnales du Directoire :

1. P. Abram, *op. cit.*, p. 54-55.

« L'union libre et l'anarchie, dit M. Renard, sont aujourd'hui comme au début du siècle les premiers stades de cette évolution. Avec les progrès du socialisme, le despotisme de l'État et la suppression de la famille doivent en être logiquement le terme définitif... Condamnée par ses conséquences, l'idée de contrat est de plus contraire, nous l'avons vu, à la tradition historique sagement entendue, et aux règles du droit positif rationnel. Par son objet, qui est la personne même, par ses lois impératives, par la noblesse et l'étendue de ses fins et des obligations qu'il impose, le mariage apparaît comme une institution primordiale, soustraite dans son essence aux variations législatives et dont aucune volonté, privée ou publique, ne saurait modifier le titre naturel, immuable » (1).

« Le divorce et l'ingérence excessive de l'État en matière de mariage résultent... de la notion de contrat et ne sont pas, quoi qu'en pensent la plupart des catholiques, une conséquence nécessaire de la sécularisation. L'unité du mariage, sa perpétuité, les obligations qui en dérivent, sont de l'empire de la loi naturelle ; les prescriptions religieuses et légales doivent nécessairement tomber d'accord sur tous ces points, car elles ne sauraient s'en écarter sans faus-

1. Renard, *le Mariage civil est-il un contrat ?* Thèse, Paris, 1901, Conclusion.

ser le concept essentiel de cette institution (1). »

Si le mariage n'a pas toujours été un contrat il n'est pas nécessaire qu'il le reste toujours. La notion contractuelle du mariage s'est lentement élaborée au cours de l'ancien régime. C'est un résultat tout à fait fortuit de la lutte sourde du pouvoir civil et de l'autorité religieuse. Les Parlements et la magistrature étaient d'accord pour placer la famille sous le contrôle de l'État, mais en respectant sa constitution telle que l'avait établie la religion. La Révolution reprend cette notion de contrat, mais en tire les conséquences logiques qui la rendent anti-chrétienne et socialement dangereuse au dire des catholiques : « L'histoire de l'ancien droit nous a montré, dit M. Renard, dans la distinction du contrat et du sacrement, la source de divisions doctrinales et de rivalités qui devaient tôt ou tard se transformer en lutte ouverte entre les deux puissances. Nous avons assisté, avec la Révolution, au développement de ce germe p'antagonisme et aux résultats désastreux de la distinction civiliste. L'étude du droit actuel enfin nous a fait voir, avec le divorce, la continuation de l'œuvre révolutionnaire, dans son principe et dans ses conséquences. Nous sommes donc fondés à conclure que la notion de contrat compromet l'institution du mariage et, par son développement

1. Renard, *le Mariage civil est-il un contrat ?* Thèse, Paris, 1901, p. 106 et suiv.

naturel, ne tend à rien moins qu'à le supprimer (1). »

Le mal viendrait donc de ce que, tandis que certains penseurs catholiques veulent que le mariage ne soit qu'un sacrement, dans lequel la société civile n'aurait rien à voir, les ennemis de la religion ont voulu en faire une affaire purement civile, se réglant exclusivement entre les individus et l'État par un contrat qui peut varier dans ses clauses, suivant les intérêts et les convenances des particuliers ou suivant celles de la société, suivant les époques, suivant les peuples : c'était faire du mariage quelque chose de conventionnel, de variable, d'artificiel.

Partisans de l'autorité religieuse et partisans de l'autorité civile méconnaissaient également un fait essentiel, c'est que le mariage est avant tout et tout d'abord une institution qui résulte de la nature des choses, un fait social qui existe indépendamment de la religion et du droit, que l'une peut ennoblir et sanctifier, que l'autre peut entourer de garanties et faire servir à la prospérité des États, mais qui leur est antérieur sinon supérieur et s'impose à eux comme une nécessité primordiale et permanente.

*
*
*

On a reproché également au Code civil de surcharger le contrat d'obligations multiples, étrangères

1. Renard, *op. cit.*, p. 104.

au mariage naturel et qui ont pour effet d'en altérer l'essence, d'en rendre la conclusion plus difficile et le maintien plus aléatoire, mais qui, surtout, le transforment en une affaire : « Il est permis de penser, avec beaucoup d'excellents esprits, dit M. Kérambrun, que la recherche de l'intérêt dans le mariage, recherche intimement liée à la conception contractuelle du mariage, est la cause fondamentale du lamentable état de l'institution.

» Nul ne peut empêcher que l'union des sexes ait normalement pour cause l'attrait sexuel et pour but la perpétuation de l'espèce. Si vous la fondez au contraire sur la situation sociale d'un des conjoints, si vous lui donnez pour but la réalisation d'un bénéfice, vous viciez toute l'institution. Que deviendront alors les trois principes fondamentaux : *fécondité, indissolubilité, fidélité* ? (1). La fécondité ne sera plus conforme au but poursuivi, elle pourra même lui être contraire ; dès lors, quoi d'étonnant à ce qu'elle disparaisse ? L'indissolubilité, qui était nécessaire lorsque le mariage avait essentiellement pour but la perpétuation de l'espèce, n'aura plus de raison d'être dès que l'enfant, cause unique de cette indissolubilité, ne sera plus le but poursuivi. Et, quant à la fidélité, elle n'aura plus que la valeur d'une obliga-

1. Marcel Prévost.

tion contractuelle toujours résoluble, sauf dommages-intérêts (1). »

La théorie du contrat fait du mariage quelque chose d'artificiel ; il n'est donc pas étonnant, disent les adversaires du contrat, qu'elle conduise à des conséquences contre nature. Elle le considère comme un effet de la volonté des particuliers et de celle de l'État qu'elle autorise, par là même, à en déterminer la fin suivant leurs convenances, leurs intérêts ou leurs caprices. L'instabilité, la stérilité et, en général, la méconnaissance des fins que la nature impose au mariage, ne sont-elles pas la conséquence naturelle de cette doctrine ?

Il faudrait donc supprimer le contrat et, avec lui, tout le formalisme gênant et stérilisant qu'il entraîne et simplifier le mariage en le ramenant à la nature ; il n'est pas nécessaire pour cela d'aller jusqu'à l'union libre :

« En disant nul formalisme dans les unions, déclare M. Detrez, nous ne songeons pas à retrancher la déclaration à l'état civil au début du mariage, mais c'est tout ce qu'il convient de sauvegarder au point de vue social (2). »

« En perdant son caractère contractuel, le mariage n'aura rien perdu et aura, au contraire, beaucoup gagné si l'on maintient seulement et si l'on garantit

1. Kérambrun, *op. cit.*, p. 135.

2. Detrez, *Mariage et contrat*, thèse de Paris, 1907, p. 283, note.

par la loi les obligations naturelles qui en découlent. Que le mariage soit affranchi de toute réglementation artificielle, vexatoire et gênante, « mais que le sentiment de la responsabilité soit tenu haut, que les conséquences pécuniaires de cette union soient rigoureuses, qu'elle serve de garanties aux enfants, qu'on rétablisse la recherche de la paternité, bref, qu'une série de mesures viennent frapper tous ceux qui veulent courir des risques, sans en accepter les conséquences : telle nous semble la méthode qu'il faudrait suivre. Nul formalisme pour les unions ; du moins obligatoire, le maximum de responsabilité pour les conséquences de ces unions, responsabilité vis-à-vis des enfants, responsabilité vis-à-vis de la femme. Et le mariage sera, dès lors, le plus libre des événements humains, comme il doit être, tout en demeurant le plus grave » (1).

En effet, si « le problème du droit c'est le problème de la responsabilité » (2), la loi n'a pas à intervenir dans la conclusion du mariage, mais seulement dans ses conséquences, et une réglementation de ces conséquences sera une réglementation suffisante du mariage : « Admettre très large la liberté des ruptures, mais accroître en conséquence la responsabilité des personnes, rapprocher le droit civil à cet

1. A. Detrez, *op. cit.*, p. 282-283.

2. *Ibid.* Voir aussi E. Lévy, *Responsabilité et contrat* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, p. 361 et suiv.).

égard du système pénal tel que le veut Schlossmann, ce qui permet de conserver à la vie toute sa souplesse, c'est dans cette voie, à notre avis, qu'il convient de s'orienter (1). » Il se manifeste d'ailleurs un courant très marqué dans la doctrine surtout, de substituer à la responsabilité contractuelle la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle.

Tels sont, d'après des juristes préoccupés de conservation sociale, les erreurs et les dangers inhérents à la théorie du contrat. Ils concluent à sa suppression pure et simple pour des raisons d'utilité sociale et nous ramènent au mariage romain.

Les individualistes, arrivent à des conclusions analogues mais plus radicales en poussant à ses dernières conséquences l'idée de contrat.

La raison d'être d'un contrat quelconque étant dans la volonté des parties qui le concluent il peut également être rompu par ces mêmes volontés : *Quod solo consensu perficitur, contrario consensu dirimitur*. Il n'est pas nécessaire de supprimer le contrat pour remédier aux maux du mariage ; il suffit d'en faire un contrat comme un autre (2), un libre contrat et non point un contrat spécial, hybride, réglementé à l'excès. L'indissolubilité, la puissance paternelle, la puissance maritale, ne découlent pas de l'idée de contrat ; elles y ont été ajoutées par le

1. Detrez, *op. cit.*, p. 283, note.

2. Coulon, *op. cit.*

législateur de 1804. Non seulement, tout contrat peut être dissous par la volonté des deux parties ou, s'il est synallagmatique, par la volonté d'une des parties si l'autre ne remplit pas ses engagements, mais les clauses mêmes du contrat ne doivent dépendre que de la libre volonté des contractants. Toute immixtion de la société pour le régler est un abus de pouvoir.

« On conservera au mariage un acte civil qui en sera la preuve, de façon qu'il produise des effets de droit, mais on le rendra libre par la suppression des formes solennelles qui impliquent l'immixtion de l'État dans sa conclusion comme dans sa dissolution ; on en fera un simple contrat privé. Les futurs époux s'en iront à la mairie ou chez un notaire, sans publications, sans consentement des parents et déclareront qu'ils se marient. Et ils seront mariés : leurs intérêts pécuniaires n'auront pour cela rien de commun (1). »

Le contrat ne dépendant en effet que de la volonté des parties, elles seront libres de mettre ou de ne pas mettre en commun leurs intérêts pécuniaires.

Elles seront libres également d'établir entre elles telles conventions qu'elles voudront suivant leurs convenances, leurs besoins, leurs aspirations. Le mariage actuel est, dit on, une tyrannie. L'État me

1. P. Abram d'après Clément, *op. cit.*, p. 230.

laisse libre sans doute de me marier ou de ne pas me marier, mais si je me marie je me trouve subir des règles établies d'avance qui peuvent être contraires non seulement à mes intérêts, mais à mes convictions. Le mariage actuel impose, par exemple, à des libertaires l'infériorité civile et sociale de la femme ; c'est un abus de pouvoir : la manière d'entendre les rapports des sexes relève de la morale individuelle et chacun doit rester libre d'organiser sa famille suivant ses convenances et ses convictions :

« On peut trouver surprenant que, dans un Code comme le nôtre, où le régime des biens matrimoniaux est susceptible de tant de modalités, au gré des contractants, il n'existe pas de dispositions qui laissent aux futurs le droit de choisir entre un, ou deux ou trois régimes, quant à leur personne. Certaines dispositions invariables pour raison d'ordre public étant édictées (filiation, puissance paternelle, monogamie, prohibition pour parenté, alliance), il me semble qu'on devrait, pour le surplus, permettre aux futurs d'organiser leur union, suivant leur situation, leurs sentiments et leur conscience » (1).

« Le mariage libre, devenant simple acte privé, entraînant des effets de droit restreints, mais suffisant à l'intérêt public » (2), n'est pas, en somme, une conception très révolutionnaire. M. Joseph Renaud est

1. Magnaud dans : Enquête de *la Plume* sur le mariage, 1901.

2. Abram, *op. cit.*, p. 178.

amené par la logique à aller plus loin : si le fondement du contrat est à la volonté des deux parties, il doit être tout à fait libre. En conséquence, « l'union future sera un contrat légal à enregistrer, *mais où l'État n'imposera aucune volonté*, où l'on pourra s'engager dans la mesure et dans les conditions qu'on voudra ; *les fiancés l'établiront eux-mêmes* (1). »

L'État n'intervient plus que comme garant de l'accomplissement loyal des promesses librement faites. Dès lors tout est permis ; les époux sont libres de ne faire entre eux aucune convention ou de s'accorder mutuellement le droit à la polygamie et à la polyandrie, et de changer les conventions au cours de leur union suivant leur bon plaisir. Si le mariage est un contrat n'ayant pour loi que la volonté des individus, il est difficile d'échapper à ces conséquences. Bien plus, je peux abuser de l'ignorance, de l'imprévoyance, de la détresse d'une femme pour lui faire signer un contrat par lequel elle m'appartient corps et âme pour la vie, tandis que je puis la renvoyer sans indemnité quand il me plaira et m'assurer ainsi les avantages du mariage en lui en imposant les obligations.

Les partisans du mariage traditionnel en concluent volontiers que le libre contrat nous ramènerait tout droit à l'union libre. Leur tactique constante con-

α. J. Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 188-189.

siste à montrer que toute réforme élargissant le mariage en relâche les liens et conclut à sa suppression finale.

Il ne faut pourtant rien exagérer. On a l'air de croire qu'un contrat, qui peut-être modifié ou rompu d'un commun accord par les contractants, ne présente plus pour eux aucune garantie. C'est une erreur absolue : il fait loi pour les parties tant qu'il n'a pas été dénoncé ou annulé ; tant qu'il est en vigueur, et même après, il crée pour les deux conjoints une situation juridique, nette et définie. Si les contrats ne servaient à rien on n'en ferait plus. Dans une société aussi complexe que la nôtre il devient difficile dans bien des domaines de faire des lois qui répondent également aux besoins de tous, qui aient prévu tous les cas qui peuvent se présenter et qui ne risquent pas de devenir une entrave pour les initiatives privées. D'où la tendance du droit à laisser plus d'initiative aux particuliers pour prendre entre eux les arrangements que nécessitent les circonstances et à se restreindre à un simple contrôle ayant pour objet l'annulation des contrats abusifs ou iniques et la loyale exécution des autres. La femme était considérée autrefois comme une sorte de mineure que la loi protégeait contre les autres et aussi contre elle-même. Son émancipation sociale économique et intellectuelle la rend peut-être ou peut la rendre dans un avenir prochain capable de

contracter librement avec l'homme aux fins de mariage. C'est affaire de circonstance et le mariage ne sera pas détruit pour si peu.

De ce que le contrat deviendrait libre, il ne résulterait pas, du reste, qu'il fût absolument arbitraire. L'État interviendrait toujours au nom des principes généraux du droit qui annulent les conventions iniques ou immorales, ou contraires à l'ordre public, ou obtenues par le dol, la violence ou la contrainte.

Enfin, si au moment du mariage il laissait les époux libres de rédiger leur contrat à leur guise, il interviendrait par la suite pour leur imposer au nom de l'intérêt social les obligations essentielles qu'ils auraient négligé d'y insérer. L'intérêt social bien entendu est peut-être de réduire ces obligations au minimum indispensable, puisque la principale raison qui empêche les mariages et qui les rend inféconds, c'est la crainte des charges qu'ils imposent. Le strict nécessaire ce serait d'assurer l'entretien et l'éducation des enfants même au cas où l'union viendrait à être rompue. Mais quelque radicales que soient les réformes qu'imposent les circonstances économiques et sociales, le mariage n'en restera donc pas moins parfaitement distinct de l'union libre, celle-ci n'ayant d'autre loi que le caprice des deux parties et aboutissant presque fatalement à l'oppression du faible par le plus fort, celui-là étant un pacte, un engagement volontaire mais réfléchi par lequel deux libertés

senchainent en se reconnaissant des obligations réciproques et dans lequel l'État intervient sinon directement, du moins comme garant et comme contrôle.

V. — *L'élargissement du mariage*

« Le mariage est-il l'instrument excellent dont on se sert mal ou un instrument essentiellement mauvais (1)? »

Nous avons vu que les réformes de détail proposées pour donner satisfaction aux tendances individualistes de l'opinion contemporaine menaient toutes, si on les poussait jusqu'à leurs dernières conséquences, à la dissolution de la famille : le socialisme en impose les charges à l'État ; l'anarchisme libertaire laisse pleine et entière liberté aux individus dans leurs rapports sexuels. Mais le résultat est le même, les obligations et les privilèges du mariage sont simultanément supprimées et son essence s'en trouve profondément altérée.

Mais le droit, pas plus que la vie, n'est gouverné par la logique pure. Il est indispensable de pousser les idées jusqu'à leurs dernières conséquences. C'est

1. J.-Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 48.

le seul moyen de voir où elles mènent. Mais la pratique est plus complexe et plus lente que la spéculation.

« La famille s'appuie sur des raisons biologiques fondamentales. Elle ne peut pas plus disparaître que la procréation, que la vie même; elle ne peut que se modifier, que changer d'aspect « comme les platanes changent d'écorce » selon le mot de M. Izoulet. Aujourd'hui elle est faussée, viciée par le mariage, union d'intérêt et non d'amour, vrai syndicat d'égoïsme. Mais qu'à ce mariage succède l'union supérieure que nous venons d'indiquer et la famille se transforme dans le sens le plus heureux. A une formule artificielle, vénale et d'esclavage, succède une formule naturelle, libre; ce n'est plus un *syndicat d'intérêts* mais une communauté d'aspirations qui laisse place à toutes les nobles variétés d'amour universel (1). » Telle est l'opinion de M. J.-Joseph Renaud. On voit donc que les réformateurs du mariage sont loin de vouloir tous la destruction de la famille. Comme le fait remarquer M. Édouard Rod, Ibsen lui-même, dans ses deux pièces, *Maison de Poupée* et *les Revenants*, a fait « le procès, non du mariage, mais de la manière dont le mariage est compris ».

1. J.-Joseph Renaud dans de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 164.

Mais ces réserves sont peut-être insuffisantes : il nous faut au moins indiquer, sous peine d'être incomplet et inexact, les critiques qu'ont soulevées les réformes de détails même les plus modestes.

La dot est devenue une plaie par les bas calculs auxquels elle donne lieu. Tout le monde l'accorde. Mais, d'un autre côté, la dot n'est-elle pas la garantie et souvent, dans la civilisation actuelle l'unique garantie de la femme : « l'homme choisira par amour sa femme, dit M. Jules Bois dans *l'Ève nouvelle*. Je veux bien, l'homme choisira, mais la femme? elle sera à l'encan, encore plus à l'encan qu'autrefois, obligée de faire d'autant plus ses grâces à l'acheteur que celui-ci endossera une plus lourde dette, sans compensation, en l'acquérant. La voilà, liée plus atrocement que jamais au maître; ne doit-elle pas tout subir puisqu'il la nourrit ».

Ce n'est pas impunément non plus qu'on peut toucher à l'indissolubilité : « Une association qui se conclut à la légère se rompt de même, fait remarquer M. J. Flasch, professeur au Collège de France; réciproquement, celle qui se rompt facilement se conclut à la légère (1). » Et il allègue l'exemple de l'Amérique où les excès de l'individualisme ont fait du divorce un véritable fléau social. Il se demande si en relâchant le lien conjugal on ne finira pas par

1. J. Flasch, d'après J.-J. Renaud, p. 107.

revenir aux mœurs des anciens Celtes qui achetaient une femme pour l'année et pouvaient même la renvoyer avant l'année écoulée (1).

De même on peut douter que l'égalité des membres de la famille ne soit pas une utopie néfaste. Un homme qui n'a certes pas des idées rétrogrades, M. Coulon, déclare : « Ce serait en réalité la destruction de la société moderne, la famille étant la base de l'édifice social et l'égalité de l'homme et de la femme amenant fatalement la disparition du mariage sans lequel il n'y a pas de famille (2). »

Tout groupement humain n'a d'existence réelle et efficace que s'il est dirigé par une autorité responsable. On comprend une famille dont, au lieu de l'homme, la femme serait le chef. Une famille sans chef n'est plus une famille. « Si la femme est supérieure à l'homme, dit encore M. Coulon, il faudrait créer à la femme une situation privilégiée... c'est un état qui existe actuellement, sans trop d'inconvénients dans certaines régions du Thibet et en Corée. Hâtons-nous d'ajouter que, dans ces pays, la raison de cette situation est l'infinie minorité des femmes (3). »

1. *Ibid.*

2. Coulon, *Jésus et la Femme*, p. 6.

3. Coulon, *Jésus et la Femme*, p. 12 et 13. Comparer Jules Bois dans de Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 53 : « Le mieux serait

Il est du reste très discutable que la femme ait quelque chose à gagner à l'égalité des sexes et que même la loi puisse sérieusement quelque chose dans la société actuelle pour son affranchissement : le régime capitaliste, n'accordant aux femmes qu'un salaire d'appoint, les maintient nécessairement dans un état de servitude économique qui a pour conséquence d'en faire les esclaves du mâle. D'après les publications de l'Office du travail, le salaire des femmes est, pour la classe maximum, de 2 fr. 50 à 3 fr. 20 par jour et descend pour la classe minimum à une somme variant de 1 franc à 1 fr. 85. Il y a même certaines journalières qui ne gagnent que 0 fr. 25 par jour, plus leurs deux repas. La moyenne des salaires féminins est d'environ 1 fr. 50, alors que le prix minimum de la vie est pour une femme seule de 2 francs par jour. Trente-huit pour cent des femmes sont dans l'impossibilité absolue de vivre de ce qu'elles gagnent. Si elles ne veulent pas mourir de faim, elles sont donc en fait à la merci du premier homme qui passe et obligées de subir ses conditions et ses caprices.

Peut-être la société future, pourvoyant à tous les

de travailler à la réforme du mariage, d'en faire une association sage, prudente, juste, loyale, où la femme trouverait enfin des droits égaux à ceux de l'homme, association dont l'administrateur et le chef ne serait pas obligatoirement l'homme, par ce seul fait qu'il est homme ! »

besoins, aurait les moyens d'affranchir la femme et de rendre son choix vraiment libre en prenant à ses frais l'éducation des enfants.

M. Viviani, comme nous l'avons vu, a montré que l'affranchissement moral et social de la femme avait pour condition son affranchissement économique préalable. A quoi sert de donner la liberté à qui est incapable de se suffire dans la vie. Toutes les mesures qu'on pourra prendre dans ce sens n'auront pour effet que de priver la femme de l'appui dont elle a besoin et de rendre sa situation pire.

Enfin, le contrat lui-même a été établi pour remédier aux inconvénients qui se produisaient au temps où il n'y en avait pas. Qui oserait nier que dans une affaire aussi sérieuse que le mariage et qui engage la vie entière, il ne vaut pas mieux s'entendre à l'avance pour éviter les déceptions, les malentendus, les injustices et les litiges. Qui ne voit qu'il vaut mieux que l'État intervienne dans ce contrat pour l'empêcher d'être inique et pour en assurer le respect.

Pour ouvrir la porte du mariage à ceux qui ne s'en soucient guère, faut-il l'appauvrir en lui ôtant une à une toutes les garanties qui, malgré les charges qui en sont la rançon, le font encore rechercher par la grande majorité des Français.

« Dans notre régime actuel, dit avec raison le Dr Letourneau, la famille, si défectueuse qu'elle puisse être, constitue encore pour la femme et pour

l'enfant, l'abri le plus sûr, presque l'unique et cet abri, on ne doit pas songer à le détruire avant d'en avoir construit un autre plus vaste et meilleur. »

Est-ce à dire qu'aucune réforme ne s'impose. Tout le monde au fond en désire une, et surtout les femmes peut-être : « Le propre du monde féminin contemporain, dit M. Henry Fouquier, c'est l'hésitation et le regret. Il n'y a guère d'honnêtes femmes qui ne trouvent, à quelque heure mélancolique de sa vie, qu'elle a trop sacrifié aux idées acceptées par la société et qu'elle a trop cher payé ce qu'elle a eu de respectabilité. Et je crois aussi qu'il n'y a guère de femmes libres et de courtisanes qui, entre deux fêtes, ne pleurent de ne pouvoir entrer dans le monde régulier dont quelques-unes forcent les portes par des mariages » (1).

Mais si l'opinion publique affirme très nettement ce qu'elle ne veut pas, elle est impuissante à dire ce qu'elle veut et à se mettre d'accord avec elle-même. Comment légiférer en effet à la fois pour le prolétaire et pour le paysan, comment donner satisfaction en même temps au catholique et à l'anarchiste. On ne peut donc se mettre d'accord que sur des négations.

Il ne faut pas nous dissimuler que ce qu'on reproche au mariage, c'est sa perfection même, qui

1. Dans Chavagnes et Coulon, *op. cit.*, p. 52.

paraît trop difficile à réaliser. Si on envisage non seulement le Code, mais les mœurs et l'opinion, on voit que le Français demande au mariage tant de choses que son idéal ne peut être que bien rarement atteint, et d'autant plus que ses diverses aspirations sont sinon contradictoires, du moins extrêmement difficiles à concilier dans la pratique. Obligé à transiger avec la réalité, il lui arrive de tomber d'autant plus bas qu'il est tombé de plus haut : il est naturel que dans une société où on se fait une conception trop élevée, trop ambitieuse du mariage, il y ait beaucoup de mauvais mariages.

Le mariage, tel qu'il existe à l'heure qu'il est, est une institution excellente, qui a fait ses preuves et dont il y a lieu de regretter l'affaiblissement. Mais étant donné les nécessités et les mœurs actuelles, on n'en devra pas moins arriver à le réformer.

Quel peut être dans ces conditions le rôle du législateur ?

Tout d'abord il n'a à obéir à aucune préoccupation morale. C'est un domaine qui lui est et qui lui reste étranger, où du reste il se trouverait impuissant et incompetent ; à supposer même que la conception du mariage actuel réalisât l'idéal de l'humanité, l'État devrait le réformer s'il est démontré que cet idéal est au-dessus des forces et des ambitions des hommes actuels. Sa fonction n'est pas d'imposer la perfection. Il doit tenir compte à chaque

époque de ce qu'il est possible d'exiger et borner ses ambitions à assurer le maintien de la société ainsi que la vie, la liberté et la sécurité des individus ; assurer le triomphe de l'idéal est au-dessus de ses forces, et c'est même une ambition exagérée pour lui d'espérer pourvoir au bonheur de l'humanité. Il est du reste astreint à n'exiger que ce qui lui est possible d'imposer, et pour régenter quelque peu les mœurs, il doit commencer par les suivre.

Mais il ne doit détruire les lois, fruits de l'expérience du passé, que quand cela devient vraiment nécessaire ; parce que le mariage actuel ne donne pas satisfaction absolument à tous les besoins, est-ce une raison pour le supprimer ou le bouleverser. Il y a lieu au contraire, croyons-nous, de conserver précieusement le mariage, tel que l'a fait le Code, celui qui est l'union non seulement de deux individus, mais de deux familles et de deux fortunes. Seul il est apte à assurer la transmission régulière du patrimoine à laquelle la bourgeoisie et les paysans sont encore si attachés. Il n'y a pas lieu pour donner satisfaction aux besoins très réels, il est vrai, d'une minorité considérable et intéressante de priver la majorité des Français d'un régime auquel ils s'accoutument puisqu'ils y ont recours.

Nous croyons que ce ne serait pas l'affaiblir que d'y introduire le divorce par consentement mutuel déjà toléré par la jurisprudence et tout à fait admis

par les mœurs. Elles imposeront même, croyons-nous, dans un bref délai, le divorce par la volonté d'un seul. Nous ne sommes pas du tout de chauds partisans de cette mesure, mais nous croyons fermement qu'il faudra s'y résigner et qu'il n'en résultera aucune modification essentielle dans l'état général des mœurs (1). Si le magistrat garde la faculté de le limiter au cas où la vie commune présente des inconvénients sérieux, l'institution du mariage n'en sera aucunement atteinte. Il restera l'union qui ne se fait et qui ne se rompt qu'avec l'agrément de la société intervenant pour sauvegarder les intérêts sociaux. Si loin qu'on soit forcé de pousser les concessions dans cette voie, le mariage n'en restera pas moins parfaitement distinct de l'union libre où les deux individus n'ont à compter qu'avec eux-mêmes.

Restent les ouvriers, les salariés, les habitants des grandes villes, qui forment presque la moitié de la population, qui vivent dans d'autres conditions et sont indifférents aux avantages et aux garanties qu'offre le mariage patrimonial. Ceux-là ne trouvant pas ce qu'il leur faut dans le régime légal, vont à l'union libre, ce qui est contraire à l'intérêt social. Pour les amener au mariage, une réforme d'ensemble nous paraît possible : de même que les pays alle-

1. La Réforme admettait le divorce pour incompatibilité d'humeur ; il ne semble pas que l'institution du mariage s'en soit trouvée affaiblie chez les peuples protestants.

mands admettent pour les princes des unions morganatiques, il serait peut-être opportun de faire une place au mariage libre économiquement parlant, dans lequel les deux conjoints, conservant la libre disposition de leurs biens et les fruits de leur travail ne sont associés que par le sentiment et par l'obligation d'élever à frais communs les enfants issus de leur union dans des conditions qu'ils auront fixées eux-mêmes en se mariant, mais dont la jurisprudence ne reconnaîtrait la validité que sous certaines conditions d'équité.

Expression de l'individualisme libertaire si répandu aujourd'hui qu'il y a lieu, quels que soient d'ailleurs ses dangers sociaux, d'en tenir compte et de lui faire sa part, cette forme d'union pourrait admettre sans aucune restriction le divorce par la volonté d'un seul, sauf dans le cas où le contrat établirait que les deux parties se sont mises d'accord pour renoncer à cette liberté.

Enfin, ce mariage serait affranchi de toute autre formalité que la simple déclaration des parties devant les officiers de l'état civil. Cette absence de garantie favoriserait dans certains cas la bigamie, mais cet inconvénient, qui sera rare, ne doit pas priver de nombreux individus des avantages du mariage. Si à la longue on s'aperçoit que cette forme d'union présente des inconvénients et des dangers, on reviendra à l'autre forme toutes les fois, par

exemple, qu'on éprouvera le besoin de sauvegarder ses intérêts financiers : les deux formes de mariage se feront concurrence.

Il serait même nécessaire de faire un pas de plus : toutes les fois que la société trouverait le moyen de s'assurer de l'union de fait de deux individus, il faudrait qu'elle pût les déclarer mariés d'office, en laissant le droit à chacun d'eux de s'inscrire en faux contre la régularisation de son union.

On dit que ce mariage inférieur, incomplet, n'aurait que peu de succès. Cela nous paraît certain. Il servirait pourtant à tirer de nombreux individus de situations dangereuses par leur instabilité. On finirait du reste par en prendre l'habitude. Enfin, si on lui accordait, et il faudrait le faire, le nom de mariage, il finirait par passer de la loi dans les mœurs. Nous avons sur ce point une expérience décisive. Le mariage purement civil a été longtemps l'objet d'une profonde déconsidération aux yeux de la grande majorité de l'opinion. L'Église a tout fait pour maintenir cette défaveur. Cela n'a pas empêché qu'à mesure que les mariages civils se multipliaient le préjugé entretenu contre eux, s'affaiblissait peu à peu, même chez les catholiques.

Pour nous résumer, nous croyons que dans une société aussi complexe que la nôtre un seul type d'union ne suffit plus pour répondre à tous les besoins, que l'État n'est pas qualifié pour imposer

à tout le monde la forme patrimoniale du mariage, inutile et gênante pour beaucoup, et que, n'ayant pas pour mission de défendre la morale, mais de donner satisfaction aux besoins économiques et aux aspirations des citoyens, tout en sauvegardant l'intérêt de la société, il peut leur offrir le choix entre plusieurs types d'unions.

Mais il nous semble que dans ce cas il doit maintenir nettement son caractère à chacun des modes d'union des sexes, et, au lieu de les laisser se confondre, qu'il fera œuvre plus utile en essayant de les différencier nettement pour en augmenter les avantages spéciaux : union libre, mariage patrimonial, mariage libre, ces trois formes correspondant à des besoins différents, se feront concurrence. Il n'y aura pas là une nouveauté absolue : déjà les conjoints ont le choix entre plusieurs combinaisons pour le régime des biens. Il en serait de même pour le régime des personnes.

Ainsi la liberté individuelle est respectée ; les aspirations diverses trouvent à se satisfaire, une réglementation législative des rapports des sexes devient possible et l'intérêt social est mieux défendu avec moins de gêne pour les particuliers.

« Les rapports de famille, dit M. Lerebours-Pigeonnière se constituent et se transforment indépendamment de la loi. La loi les sanctionne ou ne les sanctionne pas, les contrarie ou leur prête son assistance

et par là sans doute elle peut exercer sur eux une influence que je ne nie pas ; il n'en est pas moins vrai que, pour la plus grande part, elle ne les crée ni ne les dirige » (1).

Or, à notre époque, deux conceptions du mariage sont en présence : « Ou bien il est une association librement consentie et *basée sur l'affection réciproque* ; ou bien il est un *devoir* et doit se maintenir par contrainte morale en dehors même de cette affection » (2). Le droit n'a pas à choisir entre ces deux directions car il n'est pas en sa puissance de faire triompher l'une de préférence à l'autre. Il a rempli sa mission si dans les deux cas il a pris les mesures opportunes pour sauvegarder l'intérêt social.

1. *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 268. *La Famille et le Code civil*, par P. Lerebours-Pigeonnière.

2. J. Joseph Renaud, *op. cit.*, p. 135.

CHAPITRE II

MESURES D'ORDRE LÉGISLATIF ET ADMINISTRATIF

Il nous reste à examiner par quelles mesures il serait possible, soit de combattre le concubinat, soit d'en tirer le meilleur parti possible.

Les principes du droit moderne interdisent de considérer l'union libre comme un délit. Ce serait une violation de la liberté individuelle. Toute pénalité doit donc être écartée.

Mais à ceux qui échappent aux charges de la famille ne serait-il pas juste — et égalitaire — d'imposer, sous une autre forme, des charges équivalentes.

Raoul Frary a dit : « Tout citoyen doit à sa patrie, à son pays, ses écus, ses bras et ses enfants.

« Contribuer à la perpétuité de son pays est une obligation aussi bien que celle de concourir à sa défense et de participer à ses charges.

« Mais l'État a le droit d'atténuer ou d'augmenter ces deux dernières obligations, suivant qu'on remplit ou non le premier devoir, c'est-à-dire suivant

qu'on contribue ou non à la perpétuation de son pays (1). »

Un impôt sur les célibataires nous apparaît en principe comme très légitime. Il atteindrait tous les concubins et les pousserait à régulariser leur situation. Pour être efficace, il faudrait qu'il fût élevé et proportionnel aux capacités des contribuables. Comme il y a en France près de quatre millions de célibataires des deux sexes (2), il fournirait une somme suffisante soit pour donner une prime sérieuse à la maternité, soit pour soulager les familles nombreuses, soit pour nourrir les enfants aux frais de l'État ou de la commune, dans des cantines scolaires pendant toute la période où ils sont tenus de fréquenter l'école.

« Il est juste, disait M. de Montyon, qu'un célibataire qui se dispense de procréer et d'élever des citoyens paye une indemnité de la charge civique à laquelle il se soustrait, et que cette classe d'hommes qui, souvent corrompue et corruptrice, jouit des plaisirs du mariage sans en contracter les liens, soit restreinte par la crainte des impôts. »

Il y a des précédents. Par le décret du 13 janvier 1791, la Constituante augmente la cote mobilière

1. Frary dans G. Bernard : *La dépopulation et les moyens de la combattre* Besançon, 1901.

2. 3.861.599 en 1896 d'après l'Alliance nationale pour l'accroissement de la population.

des célibataires par une loi du 7 thermidor an III, la Convention majeure d'un quart les impôts des célibataires âgés de plus de trente ans ; enfin, une loi de nivôse an III surhausse de moitié le loyer de tout célibataire depuis l'âge de trente ans. Plus récemment, en 1883, M. Vacher présenta un projet de loi doublant les droits d'enregistrement sur les actes civils dus par les célibataires.

Mais, de quelque manière qu'on les établisse, il est douteux que ces charges soient assez lourdes pour favoriser beaucoup le mariage. Il serait certainement beaucoup plus efficace de toucher, sans ménagements, au capital.

Reprenant, en les modifiant, plusieurs propositions antérieures, la Ligue pour l'accroissement de la population française propose de limiter le droit de tester pour les célibataires et de prélever une part sur leur héritage pour aider les familles nombreuses. Cette mesure nous paraît légitime et utile, mais d'une efficacité limitée. Il vaudrait mieux pour combattre l'union libre et favoriser le mariage, s'inspirer des lois caducaires et restreindre ou supprimer les droits à l'héritage des célibataires. Les biens reviendraient à l'État, sauf le cas où il existerait un collatéral ayant cinq enfants, par exemple. Faudrait-il, comme à Rome, accorder un délai à l'intéressé pour se mettre en règle ? Que vaudront les unions conclues dans de pareilles conditions ? Et que fera-t-on à ceux qui,

s'étant mariés pour mettre la main sur une succession, n'auront d'autre idée que de se séparer au plus vite. ce résultat obtenu ? Mais, d'un autre côté, si l'on enlève aux célibataires, au moment où ils ont un motif précis et immédiat de le faire, la possibilité de se mettre en règle, la mesure y perdra certainement en efficacité. Du reste, en touchant à l'héritage, on n'atteindra efficacement qu'une minorité.

Toutes les mesures d'ordre financier soulèvent au demeurant une grosse difficulté. Les étendra-t-on aux femmes. L'équité semble l'exiger, mais pourtant, comme il n'est pas dans nos habitudes que ce soit la femme qui demande l'homme en mariage, peut-on faire grief aux délaissées de ne pas avoir eu la chance de trouver un époux.

La plupart des femmes ont du reste tant de peine à vivre d'un salaire presque toujours insuffisant qu'il n'est peut-être guère à propos de leur imposer un nouveau fardeau. On peut répondre que ce raisonnement ne vaut que pour celles qui sont seules dans la vie ; en réalité, dans le cas des faux ménages qui nous intéresse ici, l'impôt frappera doublement l'association et ne poussera que plus efficacement les pseudo conjoints au mariage.

Toutes ces mesures enfin, seront difficilement acceptés parce qu'elles vont contre la fausse idée qu'on se fait en France de l'égalité, de la liberté et de la propriété. Elles seront considérées comme une

sorte d'amende que la société impose arbitrairement à certains citoyens, alors qu'elles n'auraient pourtant d'autre effet que de rétablir l'équilibre entre les charges qui pèsent, à l'heure qu'il est, trop exclusivement sur les épaules de ceux qui ont le courage d'avoir une famille. On y verra une intrusion illégitime de l'État dans la vie privée. Enfin, l'individualisme ambiant fortifié par des idées juridiques très répandues et par l'économie politique orthodoxe tend à faire de la propriété quelque chose de sacro-saint et d'intangible. La religion chrétienne et l'ancienne loi française sont pourtant d'accord à considérer l'individu comme le simple dépositaire des biens qu'il possède sur lesquels il a un droit de fait de jouissance et de gérance, qui coexiste avec le droit éminent que conserve la collectivité sur tous les biens de ses membres. A notre époque même, nombreux sont ceux qui, tout en considérant le collectivisme ou le communisme comme une utopie, admettent que tous les Français ont un droit sur l'ensemble du patrimoine national. Juridiquement, la question ne se pose même pas : le seul fait que l'impôt existe, que l'État opère des prélèvements sur les biens des particuliers dans l'intérêt commun, suffit à établir qu'en droit positif il peut disposer de la fortune des citoyens comme de leurs personnes sans qu'on puisse fixer à ce droit d'autres limites que celles perpétuellement variables qui résultent et des besoins de la

société et de la nécessité de ne pas ruiner les particuliers, de respecter l'organisation économique qui assure leur vie et leur prospérité en même temps que celle de l'État.

Outre les charges financières, il serait juste et tentant de faire subir aux célibataires des charges militaires plus lourdes qu'aux hommes mariés (1). On obtiendrait ainsi la régularisation d'un certain nombre d'unions précoces, dans des conditions de sérieux et de stabilité du reste discutables.

Les mesures de ce genre sont efficaces à condition d'être radicales. Quand, lors de la levée en masse de 1813, tous les Français valides furent mis en demeure de choisir entre le mariage et la frontière, il y eut un bond prodigieux dans la nuptialité.

Mais les circonstances se prêtent peu à une action efficace dans ce sens : le service militaire se fait actuellement à vingt ans. Peut-on désirer des mariages si précoces et même n'est-il pas dangereux de pousser les jeunes gens souvent sans ressources à fonder si tôt une famille (2).

1. La loi organique de 1889, disait déjà Léonce de Lavergne, lorsqu'il s'est agi de trancher la question des dispenses, ne s'est occupée que d'une seule chose : de la profession ; elle a négligé complètement le nombre des enfants. (Cité par Bernard, p. 34.)

2. Il y a actuellement sous les drapeaux 20.000 soldats mariés (Lucien Descaves dans *le Journal* du 14 juin 1913). D'après le projet Reinach, de Montebello, tous les jeunes Français valides

Du reste, des résultats presque identiques peuvent être obtenus par une autre voie ; l'esprit public en France, par une singulière inconséquence, s'il n'admet pas l'exception, n'est nullement choqué par le privilège, comme si l'un pouvait aller sans l'autre : au lieu de persécuter les concubins, favorisons le mariage, et le mariage fécond.

Au point de vue militaire les périodes d'exercice pourraient-être supprimées pour les hommes mariés et pères de trois enfants. Ce serait déjà un privilège très apprécié, car, outre les pertes de temps et d'argent qu'elles entraînent, ces obligations sont une gêne et une cause de perpétuelle insécurité, qui, dans la lutte économique, avantage les dispensés, naturellement préférés par les patrons pour tous les emplois exigeant une stricte assiduité. Mais il serait beaucoup plus efficace encore d'affranchir de toute charge militaire le père de trois enfants légitimes.

Cette faveur devrait-elle s'étendre également au

devaient être appelés pour trois ans, mais dès que l'effectif réglementaire serait atteint, l'autorité militaire devait libérer, à l'expiration de la deuxième année de service, parmi les soldats ayant obtenu le certificat de bonne conduite, ceux qui se trouveraient pères de deux enfants vivants, ceux qui auraient cinq frères ou sœurs, quatre frères ou sœurs, trois frères ou sœurs, etc., et ainsi de suite, jusqu'à concurrence du nombre en excédent de l'effectif. Ce projet n'a pas été adopté...

père de trois enfants naturels reconnus ? De toute manière on ferait une exception : doit-elle être au détriment ou en faveur de celui qui, sans accepter les chaînes du mariage, n'a pas reculé devant la responsabilité de la paternité ? Bref, qu'est-ce que l'intérêt social exige, qu'on favorise le mariage ou qu'on se borne à protéger la repopulation ? Question d'une solution bien délicate et que nous ne tenterons pas de résoudre, n'ayant pour but que de déterminer ici quels moyens s'offrent au législateur pour favoriser la transformation des unions libres en unions régulières, et non de faire connaître des solutions proposées pour résoudre le problème du célibat et de la dépopulation.

On favoriserait évidemment et le mariage et la régularisation des unions libres en ne faisant faire qu'un an de service militaire aux jeunes gens mariés alors que pour les autres le service va se trouver porté à trois ans.

Les unions ainsi provoquées seraient-elles durables ; seraient-elles fécondes ; seraient-elles heureuses et prospères ? Il est permis d'en douter. Sans doute, dans le Canada français, où, à l'instigation du clergé, on se marie de très bonne heure, le mariage précède donne les meilleurs résultats : très grande fécondité des unions, et stabilité sociale résultant de ce fait que les jeunes gens sont de bonne heure mis en présence des devoirs sérieux de la vie. Mais les Cana-

diens sont encore fortement attachés à la conception catholique du mariage ; ils voient s'ouvrir devant eux de vastes espaces à peupler... En France, où le sentiment des responsabilités sociales et morales est actuellement affaibli et où le développement économique individuel est souvent pénible, les résultats pourraient-être tout à fait opposés. Notons toutefois que la loi belge qui allège les charges militaires de ceux qui ont des charges de famille donne, dans un pays industriel et très semblable au nôtre par la mentalité et les mœurs, des résultats très satisfaisants.

Serait-il plus facile de favoriser pécuniairement les familles nombreuses ? Commençons par les mesures qui, ne nécessitant pas de charges financières nouvelles, seraient applicables immédiatement. Résumant de nombreuses propositions antérieures que nous nous dispenserons de rappeler l'Alliance nationale pour l'accroissement de la population française a proposé :

» Que les bourses dans l'enseignement soient exclusivement réservées (sauf circonstances exceptionnelles à déterminer) à des familles ayant au moins trois enfants.

» Que les bureaux de tabac et autres faveurs de l'État soient réservés (sauf circonstances exceptionnelles encore) aux familles comptant au moins trois enfants...

» Que les fonctions, elles sont nombreuses, qui ne

demandent pas d'apprentissage, d'aptitudes, de capacités spéciales, soient réservées aux chefs de famille qui ont plus de trois enfants. »

L'État moderne « est encore devenu le plus grand consommateur, le plus grand faiseur de commandes, le plus grand employeur de travail qui soit dans une nation » (1). Ne devrait-il pas non seulement se montrer le patron modèle mais encore introduire dans le cahier des charges des adjudications, des mesures astreignant les industriels à favoriser les chefs de familles régulières et nombreuses.

Déjà « les Sociétés anonymes font plus pour l'ouvrier que les patrons ; car elles peuvent graduer à cause de leur stabilité et de leur perpétuité les charges qu'elles laissent à l'avenir ; elles les échelonnent ; de plus, une collectivité est toujours plus portée qu'un seul homme à la générosité, car le sacrifice pour chacun est moins immédiat et moins sensible » (2).

N'ayant à nous occuper que des mesures qui dépendent de l'État, nous ne ferons que mentionner tout ce qui a été fait par l'industrie privée en faveur de la famille : congé et indemnité aux femmes enceintes, salles d'asile, crèches-ouvroirs, écoles, emplois aux femmes et veuves d'employés (chemins de fer),

1. Paul Leroy Beaulieu, *l'État moderne et ses fonctions*.

2. G. Michel, *l'Économiste français*, 1899, t. I.

adjonction au salaire fixe d'un complément pour charge de famille (chemins de fer), primes à la naissance (Godin d'Anzin), primes aux jeunes gens qui se marient (Dollfus-Mieg de Mulhouse, Boucart, de Guebviller), trousseaux aux ouvrières qui se marient (Maurice Schwob), indemnité à l'époque des couches (Menier, Anzin, Baccarat), etc., etc... L'impulsion de l'État pourrait généraliser ces mesures si utiles.

De leur côté plusieurs conseils généraux ont attribué des gratifications ou des traitements plus élevés aux employés départementaux ayant plusieurs enfants. Les contributions indirectes, la préfecture des Ardennes, l'administration du Mont-de-Piété, la Banque de France, le Crédit Foncier, à la suite des compagnies de chemin de fer, accordent un supplément de traitement proportionnel au nombre d'enfants légitimes. Certains services d'État font déjà de même; l'administration centrale de la Marine, celle des Douanes, celle des Postes et Télégraphes, celle du personnel intérieur du ministère des Travaux publics.

Enfin, puisqu'on fait aux sociétés de logements à bon marché des avantages spéciaux, on pourrait exiger qu'elles réservent les locaux vacants de préférence aux familles les plus nombreuses.

Il serait très efficace que la loi imposât aux particuliers des charges dont le produit serait destiné à soulager les familles nombreuses. L'impôt sur les

célibataires présentant les difficultés que nous avons signalées, le Dr E. Maurel propose de faire payer aux enfants à partir de vingt-cinq ans une pension perçue sous forme de supplément d'impôt destinée à subvenir aux besoins de leurs parents à partir de soixante ans révolus, réversible du mari sur la femme et réciproquement. Son but est d'« assurer aux parents une récompense proportionnelle : 1° au nombre des enfants élevés ; 2° au degré d'éducation donnée, par une *pension dite de famille*, payée isolément par chaque enfant et dont le montant sera en rapport avec sa situation » (1).

Ainsi les pensions se multipliant avec le nombre des enfants seraient pour les parents, sur leurs vieux jours, une source d'aisance et même de richesse.

Non seulement les mesures prises dans cette direction ont été jusqu'ici insuffisantes et incohérentes, mais les pouvoirs publics « loin de vouloir frapper le célibat de contributions onéreuses, ont refusé d'admettre la théorie qui, considérant comme une des formes de l'impôt tout sacrifice pécuniaire de l'individu profitant à la collectivité, assimile au paiement en argent l'éducation d'un ou de plusieurs Français (2) ».

1. Dr E. Maurel, *Cause de notre dépopulation*, Paris, 1902.

2. Caron, *le Mariage de l'ouvrier*. Thèse de Poitiers. Caen, 1901, p. 158.

Nous n'avons pas à énumérer les nombreux projets de lois proposés et même votés pour diminuer les charges fiscales des familles nombreuses. Déjà Louis XIV exemptait de la taille le père de dix enfants ; mais les mesures prises tombèrent rapidement en désuétude (1). Elles sont onéreuses pour l'État et toujours insuffisantes, le soulagement obtenu étant nécessairement hors de proportion avec les charges que nécessite l'entretien d'une famille. Les impôts indirects notamment continuent à peser de tout leur poids sur le père de famille, et d'autant plus que sa famille est plus nombreuse.

L'Alliance nationale pour l'accroissement de la population propose « que l'État, imitant en cela l'exemple des compagnies de chemin de fer, augmente les petits traitements proportionnellement au nombre des enfants...

» Que les femmes mariées, employées par l'État, reçoivent leur traitement intégral pendant le congé qui leur est nécessaire lorsqu'elles deviennent mères. »

Ces mesures sont excellentes mais insuffisantes.

Aussi, M. Jacques Bertillon, sans préjudice des mesures déjà mentionnées, croit-il qu'il faut accorder des indemnités assez fortes pour être efficaces aux

1. Edit de Saint-Germain-en-Laye, Ismbart, *Anciennes lois*, t. XVIII, pp. 90 sq.

familles nombreuses et même accorder des primes à partir du troisième enfant (1). Nous croyons qu'il serait nécessaire d'aller plus loin et que l'État finira par prendre à sa charge les frais d'entretien de tous les enfants. Cette mesure serait seule efficace ; elle peut être appliquée progressivement. L'œuvre des cantines scolaires dans les grandes villes en est déjà une ébauche, et ce serait déjà beaucoup que pendant tout le temps que l'école prend les enfants aux parents elle les nourrisse, la dépense étant partagée entre l'État et la commune.

On peut admettre cette mesure sans être aucunement socialiste : « le fait d'élever un enfant, dit M. Bertillon, est une des formes de l'impôt » (2). Ce n'est pas assez dire : c'est le plus écrasant des impôts, et il est facultatif ! Est-il raisonnable, est-il prudent d'espérer que ceux qui n'ont pas les moyens de se payer ce luxe le feront pour rendre service à la société. On donne des primes pour l'élevage des chevaux et les principes interdiraient de prendre les mesures nécessaires pour assurer la reproduction des hommes ! On objecte les frais énormes entraînés par les mesures que nous proposons. Mais les fonds prélevés par l'État pour soutenir les familles et stimuler leur fécondité ne resteraient pas dans les caisses de l'État pour y être

1. Jacques Bertillon, *la Dépopulation de la France*. Alcan, 1911.

2. *Ibid.*, p. 265.

dépensés ; elles ne feraient qu'y passer. Elles iraient de certains contribuables trop peu chargés à d'autres trop surchargés. Si l'on envisage l'ensemble de la nation il n'y aurait aucune augmentation de charge ; il n'y aurait qu'une meilleure répartition, plus juste et plus utile.

En attendant, la famille, loin d'être favorisée, est desservie et surchargée de toutes les manières. Celui qui se marie sait à l'avance que s'il a beaucoup d'enfants il trouvera difficilement un propriétaire qui veuille le recevoir : il y a des maisons où l'on tolère les chiens, mais non les enfants. Il sera donc obligé de se réfugier dans des immeubles malsains et de se rabattre sur les appartements sans lumière et sans air, sans autre refuge que le cabaret pour lui et pour les enfants, la rue, avec toutes ses promiscuités et tous ses dangers.

Bien loin de venir à son secours l'État bien souvent aggrave ses charges. « En ce qui concerne la loi, dit M. Cheysson, si on ne veut pas aller jusqu'à lui demander d'agir directement sur la natalité par ses encouragements, au moins peut-on la prier de ne pas prendre parti pour la stérilité comme elle le fait chez nous à la fois par les lois d'impôt et par le régime de succession. Les taxes fiscales semblent en effet dirigées contre les familles nombreuses : ce caractère est évident pour les impôts indirects, mais il se retrouve aussi chez cer-

tains impôts directs, entre autres ceux de mutation entre vifs ou par décès, celui des portes et fenêtres et la contribution mobilière. Si l'on assied l'impôt sur le loyer, c'est, en somme, qu'on le veuille ou non, châtier la fécondité (1). »

On se plaint de mesures administratives fâcheuses : dans les Postes et Télégraphes, pour citer un exemple entre cent, l'employé célibataire est préféré par l'Administration et avance plus rapidement que l'homme marié qui, trainant après lui une famille, ne se déplace pas aussi facilement et aussi rapidement suivant les besoins du service.

D'après la loi du 27 juin 1904, le service des enfants assistés est presque réservé aux enfants illégitimes. Il faut que les parents légitimes fassent défaut ou soient indignes pour qu'on consente à s'occuper de leurs enfants. Cette loi a été il est vrai corrigée par celle du 22 mai 1905 accordant des secours aux enfants indigents, mais par un oubli inexplicable celle-ci ne contient aucune disposition favorisant les familles nombreuses.

Nous pourrions multiplier les faits.

Il semble que par une fatalité les lois les meilleures au point de vue social se retournent elles-mêmes contre la famille.

La loi sur les accidents du 9 avril 1898 qui, par son article 3, accorde des avantages spéciaux aux chefs

1. Cheysson, *la Dépopulation de la France*. Paris, 1897, p. 6.

de foyer et à sa veuve, a contribué à faire préférer les célibataires et les étrangers dans l'industrie. Les compagnies acceptent bien d'assurer les pères de famille, mais en se réservant de résilier le contrat après chaque sinistre. Enfin et surtout la loi a laissé à chaque patron la faculté d'être son propre assureur, ce qui est le pousser à éliminer systématiquement de son personnel les hommes légitimement mariés et surtout pères de famille. C'est de la sélection à rebours.

Les lois de protection de l'enfance, nécessaires à tant de titres, ont eu, au point de vue spécial qui nous occupe, des effets désastreux. La loi de 1841 interdisait d'employer les enfants au-dessous de huit ans ; celle de 1874 élevait la limite à douze ans et celle de 1892 à treize ans. La loi a rendu l'instruction primaire obligatoire, ce qui est indispensable surtout dans une démocratie, mais ce qui a contribué à développer les ambitions de la jeunesse et à lui donner comme le dit M. Paul Leroy-Baulieu « un approvisionnement d'idées qui ne la dispose nullement à la docilité et aux métiers manuels. D'autres lois donnent à l'enfant la libre disposition de son salaire à partir de seize ans et interviennent pour limiter la puissance paternelle et pour imposer au père des obligations plus étroites et plus nombreuses envers ses enfants, tout en limitant son autorité. Les parents non seulement ne peuvent plus comme autrefois, tirer un béné-

fice de leurs enfants mais encore voient leurs charges augmenter continuellement : « Dans la période chaotique de l'industrie, dit M. Caron, l'emploi rémunérateur des enfants a poussé les masses à multiplier aveuglément et à utiliser presque dès leur naissance les bras de ces frères auxiliaires. Le mariage se transformait en spéculation, la paternité en calcul ; il n'était pas rare de trouver des familles de quinze personnes, et on apercevait, dans les manufactures des rattacheurs de trois ans, trop faibles pour se tenir debout, emprisonnés dans une boîte (1) ».

Aujourd'hui encore il suffit que les enfants cessent d'être un fardeau, deviennent une source de bénéfices pour qu'on les voie se multiplier : « On a cité bien des fois l'exemple des pêcheurs de Mardyck, près de Dunkerque, qui reçoivent depuis Louis XIV, à la naissance de chaque fils, une place de pêche et l'usufruit incessible d'une parcelle de terrain et dont l'énorme coefficient de propagation (43 o/o) est dû à cet accroissement de ressources. Dans son enquête sur les habitants du quartier de la Pointe d'Ivry, M. Maugenot constatait un fait analogue : la moyenne des garçons et des filles par logement était inférieure à 3 ; seuls deux intérieurs de vanniers en comptaient respectivement 9 et 12 (2), les enfants pouvant

1. D'après Villermé : résumé par Caron, *op. cit.*, p. 15.

2. Caron, *op. cit.*, p. 164-165.

dès l'âge le plus tendre être dressés aux travaux de vannerie. A Barbizon, les enfants se multiplient extraordinairement dans certains milieux : c'est que Barbizon fournit des nourrices à la capitale. Les femmes veulent avoir des enfants pour être ensuite engagées comme nourrices.

L'enfant coûtait déjà gros par l'école et l'apprentissage. La réglementation des heures de travail dans les ateliers employant des femmes et des enfants, mesure d'ailleurs excellente, est venue rendre moins aisé l'emploi des femmes et des enfants dans l'industrie. Au début du siècle on travaillait quinze ou seize heures par jour ; en 1848 la journée fut limitée à douze heures ; la loi du 31 mars 1900 la limitait immédiatement à onze heures pour tous avec promesse de réduction ultérieure ; la réglementation de la main-d'œuvre féminine a eu pour effet la réduction du nombre de mariages. L'excellente proposition de de Mun (1888) fermant l'usine à la femme mariée « eût constitué une véritable prime au célibat. » La loi de 1892 établissant le repos forcé de quatre semaines pour les femmes enceintes et leur assurant une indemnité de 1 franc par jour rend, elle aussi, l'emploi de la femme incommode, onéreux et aléatoire pour le patron.

Enfin, tandis qu'« il faudrait entrer dans le mariage aussi aisément qu'on en sort » (1), par les

1. Le président Séré de Rivières.

garanties dont elle l'entoure, la loi semble avoir pris à tâche d'en rendre l'accès difficile aux humbles :

« La forteresse du mariage, dit M. Pierre Louys, est une place qu'il faut emporter contre tous. Avant d'obtenir la permission d'être utile à son pays en fondant une famille de plus, il faut satisfaire un Code suranné, un fisc aux cent bouches, une famille égoïste, avare ou haineuse, une hiérarchie de supérieurs, tracassiers ou malveillants (1). »

Malgré les lois facilitant le mariage du 20 juin 1896 et du 21 juin 1900, nulle part les formalités qui l'entourent ne restent aussi compliquées qu'en France : il y en a avant, pendant, et après.

En Angleterre et aux États-Unis, elles sont réduites au minimum. Aux États-Unis les mariages se font même dans quelques États, sans aucune formalité.

En France, il faut au moins sept pièces représentant une dépense de six ou sept francs ; si les parents ne sont pas présents onze pièces coûtant vingt-cinq francs ; si les parents sont morts dix-neuf pièces coûtant cinquante francs au moins. Pour s'unir à un étranger, il en coûte plusieurs centaines de francs. Les formalités sont longues, compliquées et très coûteuses si l'un des fiancés est un mineur. Les frais s'alourdissent si les parents ne sont pas consentants. On ne peut pas toujours retrouver les parents et la recherche

1. Pierre Louys, *Archipel*, p. 175.

des grands parents donne lieu à d'encore plus grandes difficultés. Les formalités deviennent encore plus rebutantes pour ceux qui exercent des professions itinérantes : pour un batelier et un forain par exemple trois publications sont exigées. Les bureaux étant fermés le dimanche, le travailleur devra en outre perdre un grand nombre de journées pour s'acquitter des formalités du mariage. Beaucoup y renoncent et s'unissent sans passer par la mairie (1).

Certaines œuvres privées s'occupent déjà d'accomplir, à la place des travailleurs, les formalités du mariage. Il y aurait lieu de les simplifier et de faire faire celles qui sont vraiment utiles par les maires et les employés de l'état civil. M. Nicolas Poulot propose de donner aux maires la franchise postale pour toutes les formalités relatives aux préliminaires du mariage et établit que cette réforme ne coûterait pas plus de trois millions.

C'est à l'État qu'incombe, dit un libéral M. Leroy-Beaulieu, « le soin d'empêcher la détérioration du capital humain dont il a la garde, et l'abâtardissement même volontaire et conscient, des citoyens (2) ».

Ce devoir implique tout d'abord une intervention de l'État dans l'industrie : « En considérant d'un peu près les conquêtes que le socialisme d'État a faites

1. Boyer, *Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*. Thèse de Montpellier. Nîmes 1908.

2. Leroy-Beaulieu, *l'État moderne et ses fonctions*.

partout depuis dix ans, on a l'impression d'une grande poussée universelle, qui a affirmé de plus en plus le droit et le devoir pour un État de s'immiscer dans la vie industrielle, de fixer les conditions du travail, d'assurer aux populations laborieuses un minimum de bien-être (1) ». D'où les lois ouvrières, les lois protectrices de la femme et de l'enfant.

Mais les familles sont aussi du capital humain. Il est urgent que l'État intervienne pour les protéger. Or nous avons vu que les mesures prises en faveur de la femme et de l'enfant se retournent contre le mariage et la famille.

En résumé il nous paraît nécessaire d'agir très énergiquement :

Parmi les mesures répressives la seule efficace et pratique nous paraît être la restriction du droit de tester et de succéder pour les célibataires des deux sexes.

Il serait utile que les jeunes gens mariés ne fissent qu'un an de service et fussent affranchis de toute obligation militaire du jour où ils sont pères de trois enfants légitimes, dans l'intérêt même de la défense nationale.

Il faudrait réserver les trois quarts ou les quatre cinquièmes des « faveurs de l'État » : fonctions, bourses, bureaux de tabac, aux chefs de familles

1. De Ronchamp, *Revue d'économie politique* 1890, p. 769.

ayant plus de trois enfants, imposer des mesures analogues aux communes, aux grandes compagnies, aux industries qui dépendent de l'État, élever les traitements des fonctionnaires et employés pères de famille.

Nous sommes partisans de la réforme proposée par le Dr. Maurel tendant à faire payer une pension de famille aux parents par chacun de leurs enfants majeurs.

Mais il nous semble que toutes les mesures sont encore insuffisantes et que l'État sera amené à prendre à sa charge l'entretien et l'éducation des enfants.

En attendant il serait urgent de supprimer immédiatement tous les obstacles au mariage et notamment le consentement des parents qui ne laisse à beaucoup de jeunes gens, qui ne demanderaient pas mieux que de se marier, d'autres ressources que l'union libre.

CONCLUSION

Il ne nous reste qu'à nous résumer.

Le but du droit n'est pas d'imposer la vertu aux hommes ; l'Église qui disposait de l'enfer et de l'excommunication y a échoué et la loi ne dispose que du gendarme. Ce n'est pas davantage de réaliser tel ou tel idéal moral ou social : il n'y en a pas à l'heure qu'il est qui s'impose nettement soit à l'ensemble de l'humanité, soit, en particulier, à la nation française ; le droit ne peut attendre qu'on se soit mis d'accord sur ce point pour formuler ses ordres et ses défenses. Vertu et idéal, d'ailleurs, ne relevèrent que de la conscience de chacun.

Le droit, condition de l'existence de la société, a pour objet l'intérêt social.

Mais la société n'est pas une personne et l'intérêt social ne peut donc être que l'intérêt de tous. Le droit est donc l'art de rendre identiques l'intérêt individuel et l'intérêt de tous. Il y réussit par la mise en œuvre même de l'égoïsme individuel.

La part à faire à l'intérêt individuel et à l'intérêt général ne peut être déterminée *a priori*. C'est affaire de circonstances. De même que les individus s'équilibrent réciproquement dans les luttes de la vie, de même, quand les individus sont faibles et le pouvoir social fort, l'intérêt général peut être de pousser la contrainte très loin.

C'est le contraire à notre époque. Les individus sont très jaloux de leur liberté. Par le seul fait que le bien auquel ils tiennent le plus est la faculté de disposer d'eux-mêmes, le genre d'utilité qu'ils demandent à la société, et que celle-ci leur doit, c'est de leur assurer d'abord leurs coudées franches. Nous faisons donc une large place à l'individualisme dans le droit actuel. Il suffit que ce ne soit pas la première.

Au demeurant, il est utile à la société elle-même que les individus jouissent d'une certaine initiative.

Enfin dans la pratique la contrainte a des bornes qu'il est dangereux de franchir : l'individu opprimé devient ingénieux pour trouver des détours qui lui permettent d'agir comme il l'entend en éludant la loi et en évitant la peine. Le droit n'est plus le droit s'il n'est efficace : il a donc pour limites ce qu'il est possible d'exiger. L'embarras du juriste, médecin social, est analogue à celui du médecin : plus le mal est grand, plus des remèdes énergiques s'imposent et moins le malade a la force de les supporter.

Dans les rapports des sexes, ce qui intéresse la société, c'est la stabilité des unions quelles qu'elles soient, et surtout la procréation et l'éducation des enfants : le mariage est une institution naturelle que le droit n'envisage qu'au point de vue de l'utilité sociale.

Les relations hors mariage sont socialement fâcheuses parce qu'elles assurent peu de citoyens à l'État et rendent difficile la recherche des personnes à rendre responsables de l'enfant. Mais il serait inutile d'interdire l'union libre ; il serait vain également de prétendre la régulariser. Elle échappe au contrôle et à la règle. Tout ce que peut faire la société dans l'intérêt général, c'est donc, toutes les fois qu'elle le pourra, de faire subir aux concubins toutes les responsabilités qui découlent de leurs relations.

L'État n'envisage également le mariage qu'au point de vue de l'utilité sociale. Ce qui lui serait le plus avantageux ce serait le maintien du mariage traditionnel. Mais à quoi bon, s'il est impuissant à en faire respecter les lois. Il devra donc se plier aux circonstances, aux convenances sociales. Le mariage tel qu'il existe actuellement est utile à certaines classes d'individus ; il est devenu gênant pour d'autres. Le droit essaiera d'abord d'élargir et d'assouplir la formule du mariage de manière à ce qu'elle convienne à peu près à tous : il peut y intro-

duire le divorce par consentement mutuel et, au besoin, en cas d'utilité, en cas d'urgence démontrée, le divorce par la volonté d'un seul toutes les fois que le magistrat jugera qu'il est préférable de le permettre que d'imposer la continuation d'une union mal assortie.

Mais il peut aussi, à l'exemple des Romains, pour des besoins différents créer des régimes différents : plus les individus auront de choix, plus leur liberté aura été respectée, plus on aura le droit de les rappeler sévèrement au respect du pacte social.

En imposant aux concubins la responsabilité des conséquences, en élargissant le mariage, en créant au besoin un nouveau type d'union, la société aura assoupli ses moyens de défense sociale ; il sera plus facile aux individus de se soumettre aux exigences de l'intérêt général en même temps que moins aisé d'échapper aux charges sociales qui leur incombent. Le mariage y aura perdu il est vrai quelque chose de ses vertus, de ses avantages sociaux, mais ne vaut-il pas mieux obtenir de tous le minimum indispensable, n'est-il pas prudent de s'en tenir aux prescriptions dont il est possible d'assurer le respect et, du reste, beaucoup d'unions ne continueront-elles pas sans que la loi l'exige à s'imposer, comme par le passé, toutes les obligations du mariage traditionnel pour le plus grand bénéfice de la société.

Enfin, l'État peut agir indirectement : il dispose de

moyens pour favoriser le mariage aux dépens du concubinat mais, pour être efficaces, les mesures prises devraient être très radicales. Il faudrait assurer aux hommes mariés et *pères de famille* de larges privilèges en ce qui concerne le service militaire et l'impôt, leur réserver exclusivement dans l'administration tous les emplois possibles, assurer une forte prime à la fécondité, prodiguer des secours aux familles nombreuses, forcer les enfants à verser un supplément d'impôts pour servir une pension à leurs parents, de manière à ce qu'une nombreuse famille devienne une source de richesse.

Ces dernières mesures nécessiteraient, pour être efficaces, une augmentation énorme dans les impôts, mais qu'on pourrait graduer et dont il n'y a du reste pas lieu de s'effrayer : s'il fallait exiger un milliard, par exemple, de l'ensemble des contribuables, il se trouverait aussitôt remboursé à certains de ces contribuables et à ceux-là mêmes qui peuvent en faire l'usage le plus utile à la société. Les charges sociales ne seraient pas augmentées en réalité : elles seraient seulement mieux réparties.

Mais la seule mesure tout à fait efficace serait que, graduellement, l'État prît à sa charge l'éducation et l'entretien de tous les enfants. Là encore il n'y aurait pas augmentation de charges pour l'ensemble de la nation : elles seraient seulement mieux réparties.

L'intérêt social étant satisfait par la procréation et

l'éducation des enfants, au point de vue individuel la plus grande liberté est admissible.

En résumé, il ne faut pas songer à régulariser l'union libre, mais on peut après coup lui faire supporter les responsabilités naturelles qui résultent des rapports des sexes : il y a des moyens efficaces de favoriser les gens mariés aux dépens des concubins ; enfin il est possible de faciliter l'accès du mariage et l'on peut aller très loin dans cette voie, aussi loin que l'exigeront les circonstances sans craindre aucune confusion entre le mariage et l'union libre : l'un restera toujours l'union qui ne se fonde et ne se rompt qu'avec l'agrément de la société et où l'intérêt social est sauvegardé ; l'autre ne dépend que de deux individus qui peuvent se quitter comme ils se sont pris.

Ce qui distingue le mariage, c'est donc précisément son caractère social.

Vu : le Président de la thèse,

PIÉDELIÈVRE

Vu : le Doyen,

CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — But de l'ouvrage, divisions et limites du sujet.	5

PREMIÈRE PARTIE

MARIAGE ET UNION LIBRE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le mariage</i>	13
I. — Idée antique du mariage : le patrimoine.....	19
II. — Idée chrétienne du mariage : réciprocité et indissolubilité.....	25
III. — Idée révolutionnaire du mariage : liberté individuelle et contrat civil.....	30
CHAPITRE II. — <i>La crise du mariage</i>	39
I. — Le droit.....	39
II. — Les idées et les mœurs.....	42
III. — Causes sociales et économiques.....	44
CHAPITRE III. — <i>Les progrès de l'union libre</i>	48
I. — Les idées et les mœurs.....	48
II. — Causes sociales économiques.....	51

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT ET L'UNION LIBRE : LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Histoire du concubinat</i>	61
I. — Le concubinat antique.....	62
II. — Le concubinage en France avant la Révolution.....	82
III. — Le concubinage moderne.....	91
CHAPITRE II. — <i>Jurisprudence actuelle</i>	98
I. — Obligations.....	108
II. — Libéralités entre concubins.....	146
III. — Liquidation des biens entre concubins.....	175
IV. — Valeur des engagements de la concubine pour les besoins du ménage.....	185
CHAPITRE III. — <i>Réglementation de l'union libre</i>	195

TROISIÈME PARTIE

SOLUTIONS PROPOSÉES

CHAPITRE PREMIER. — <i>Critique du mariage</i>	224
I. — Patrimoine et héritage.....	226
II. — Indissolubilité.....	235
III. — Inégalité familiale.....	269
IV. — Le contrat.....	286
V — Élargissement du mariage.....	302
CHAPITRE II. — <i>Mesures d'ordre législatif et administratif</i>	316
CONCLUSION.....	339

Imp. JOUVE et C^{ie}, 15, rue Racine, Paris — 2270-13
